

Derecho

jurisprudencia

Andrés Bordalí

Bordalí Salamanca, Andrés

Derecho Jurisdiccional. Primera edición

Valdivia: Derecho Austral, 2016. 344 pp. 25x17 cm.

ISBN: 978-956-9803-00-0

Sello editorial DERECHO AUSTRAL (956-9803)

Edición a cargo de Pablo Marshall. Email: pmarshall@uach.cl

Diseño gráfico de Franck Baudu. www.franckbaudu.com

Impreso en Imprenta América. Avda Ramon Picarte 1109, Valdivia.

Indice

Introducción	11
Primera parte	
Formación de la Jurisdicción: Estado absoluto, Estado liberal y Estado contemporáneo	13
Capítulo primero	
La Jurisdicción en el Estado absoluto	15
Capítulo segundo	
La Jurisdicción en el Estado liberal	21
Capítulo tercero	
La Jurisdicción en el Estado de derecho contemporáneo	29
Segunda parte	
Función de la Jurisdicción y teorías de la función jurisdiccional	31
Capítulo primero	
Teorías sociológicas	32
Capítulo segundo	
Teorías Jurídicas	36
Tercera parte	
Bases constitucionales de la organización y administración de la Jurisdicción chilena	41
Capítulo primero	
Características de la Jurisdicción: Unidad, exclusividad e independencia (imparcialidad)	42
Capítulo segundo	
Poder judicial y función jurisdiccional	63
Cuarta parte	
Facultades o atribuciones de la Jurisdicción chilena	95
Capítulo primero	
Facultades jurisdiccionales	97
Capítulo segundo	
Facultades no contenciosas	124
Capítulo tercero	
Facultades conservadoras, disciplinarias y económicas	127

Quinta parte	
Gobierno (Administración) y responsabilidad de los jueces	139
Capítulo primero	
El gobierno o administración de la Jurisdicción	140
Capítulo segundo	
La responsabilidad como presupuesto de la independencia	146
Sexta parte	
La jurisdicción y sus alternativas	165
Capítulo primero	
Autotutela	167
Capítulo segundo	
Motivaciones para el empleo de vías alternativas a la Jurisdicción	170
Capítulo tercero	
La autocomposición	177
Capítulo cuarto	
La heterocomposición	180
Séptima parte	
Los derechos fundamentales de las personas frente a la jurisdicción	181
Capítulo primero	
La acción como derecho fundamental: derecho a la tutela judicial	182
Capítulo segundo	
El derecho al debido proceso	198
Octava parte	
Los Tribunales de Justicia	213
Capítulo primero	
Bases generales de la organización judicial chilena: los principios informadores	214
Capítulo segundo	
Tipos de tribunales en el orden jurídico chileno	224
Capítulo tercero	
Los tribunales ordinarios	228
Capítulo cuarto	
Los tribunales especiales	258

Capítulo quinto	
Los tribunales supraestatales	275
Capítulo sexto	
Los árbitros	282
Novena parte	
Personal de los tribunales de justicia	289
Capítulo primero	
Los jueces	290
Capítulo segundo	
Auxiliares y colaboradores de la Administración de justicia: Breve examen de cada uno de ellos	295
Capítulo tercero	
Colaboradores del Poder Judicial	306
Décima parte	
La competencia	309
Capítulo primero	
Concepto de competencia y su relación con la función jurisdiccional	310
Capítulo segundo	
Clasificación de la competencia	312
Décima primera parte	
Prórroga de la competencia	323
Décima segunda parte	
Cuestiones y contiendas de competencia	325
Capítulo primero	
Las cuestiones de competencia	326
Capítulo segundo	
Las contiendas de competencia	328
Décima tercera parte	
Implicancias y recusaciones; subrogación e integración	331
Capítulo primero	
Implicancias y recusaciones	332
Capítulo segundo	
Subrogación e integración	337
Bibliografía	339

INTRODUCCIÓN

La presente obra corresponde a una publicación de tipo manual. Como es sabido, un manual puede ser identificado, entre otras características, por dos principales: se trata de un trabajo eminentemente descriptivo y, además, por el hecho de que dicha descripción se refiere a todas las materias que se analizan en una determinada asignatura o disciplina.

Este manual cumple, esencialmente, con esas dos características, si bien con ciertos matices. En primer lugar, describe las materias de una disciplina, aunque realiza en algunas secciones un análisis de tipo valorativo, con estudios de la doctrina y de la jurisprudencia de determinados problemas jurídicos. En segundo lugar, este manual abarca el estudio de una materia que no tiene un correlato dentro de las disciplinas tradicionales del derecho.

El presente manual se corresponde en sus contenidos con la asignatura de Jurisdicción que se enseña en la carrera de derecho de la Universidad Austral de Chile. Esta asignatura comprende, medularmente, lo que suele llamarse Derecho procesal orgánico, si bien abarca también un detallado estudio respecto a cómo la Constitución política de la República regula a este poder del Estado, así como los derechos fundamentales que las personas tienen respecto a dicho poder. Es por ello que el lector se encontrará con un estudio profundo sobre las bases constitucionales de la Jurisdicción, principalmente, con la regulación de todos los aspectos que se refieren a asegurar lo más relevante del ejercicio jurisdiccional: la independencia e imparcialidad de los jueces. Asimismo, comprende un estudio del derecho fundamental de todas las personas a la tutela judicial y al debido proceso. Posteriormente, se analiza la organización y competencia de los tribunales en el derecho chileno. Esta última parte es, principalmente, descriptiva y sistematiza la manera en que la ley regula estos contenidos.

En virtud de lo recién señalado, los principales destinatarios del presente manual son los estudiantes de la carrera de derecho, quienes en los primeros cursos se enfrentan con la asignatura "Jurisdicción". Sin embargo, algunas partes de la publicación pueden ser útiles también para jueces, abogados y profesores de derecho.

En consideración al hecho de que los principales destinatarios del presente manual son estudiantes de pregrado de derecho, se ha intentado simplificar al máximo el tratamiento de las materias, evitándose en lo posible referencias

a autores y a la jurisprudencia sobre dichas materias. Solo en algunos puntos cruciales se ha citado la doctrina y la jurisprudencia que trata determinados contenidos. Las referencias doctrinales y jurisprudenciales, en todo caso, han sido incorporadas en el propio texto, a fin de no distraer al lector con citas a pie de página.

PRIMERA PARTE

Es una cuestión muy compleja referirse con exactitud a un término claramente polisémico como el de Jurisdicción, pues hasta hoy en día, en ocasiones, se hace referencia a este término como sinónimo de poder o soberanía o territorio soberano ("Todas las naves, mientras se encuentren en aguas jurisdiccionales chilenas, deberán mantener una escucha permanente en canal 16 VHF marítimo", cláusula novena de las Disposiciones de la Autoridad Marítima Nacional; o "Corresponde a la Corte Suprema, en virtud del artículo 86 [82] de la Constitución Política del Estado, ejercer la Jurisdicción correccional, disciplinaria y económica sobre todos los tribunales de la Nación", artículo 540 del Código Orgánico de Tribunales); así también, en algunos casos, se usa el término Jurisdicción para referirse al poder y función que cumplen los tribunales de justicia.

Etimológicamente, la voz *Jurisdicción* proviene del latín *iuris dictio* y puede ser entendida simplemente como *decir o declarar el derecho*.

Hay que tener presente que en el Antiguo Régimen el poder real incluía todo tipo de potestades, comenzando por las políticas, las militares y, desde luego, las judiciales, entre otras. Todo ese conjunto de poderes puede sintetizarse en el vocablo *iurisdictio*, entendido ampliamente como *todos los aspectos del poder político*. En general, se reserva, en la época medieval, el término *iurisdictio* para referirse al gobierno interno del Estado o del Reino. Solo queda excluido el gobierno externo, que era entendido, generalmente, bajo el término *gubernaculum*. Debido a ello, se entendía *Jurisdicción* como un término sinónimo de poder político.

Actualmente, se acostumbra a hacer referencia con este nombre a un poder del Estado –los tribunales de justicia– que desarrolla la función de conocer, resolver y, en su caso, hacer ejecutar lo resuelto, por medio del proceso y con efectos de cosa juzgada, los asuntos jurídicos que la ley ha puesto dentro de la esfera de su competencia.

En lo que sigue, intentaré abordar la evolución de la Jurisdicción desde la recepción romano-canónica en el Estado absoluto, pasando por la formación en el estado liberal en el siglo XIX y terminando con la evolución en el Estado contemporáneo.

CAPÍTULO PRIMERO

LA JURISDICCION EN EL ESTADO ABSOLUTO

Se puede señalar, primeramente, que el derecho romano fue recibido en los reinos hispánicos por los siguientes motivos:

El derecho romano, fruto de una comunidad urbana y comerciante, había alcanzado un grado de elaboración muy depurado intelectualmente, así como un nivel de sistematización racional –por obra de la compilación justiniana–, lo que le daba una gran autoridad. Frente a ello, existía en los reinos hispánicos una multiplicidad jurídica caracterizada por su localismo, irracionalidad, predominio de elementos mágicos, etc.

En esta época –S. XII, aproximadamente– coincidían en este aspecto los intereses del príncipe con los de la naciente burguesía. Para el príncipe, el derecho romano, en cuanto derecho racional, le es funcional al fortalecimiento de su autoridad (en cuanto permitía racionalizar y mejorar la propia administración); mientras que para los burgueses el derecho romano racional les era esencial para el desenvolvimiento del tráfico comercial, en cuanto condición que garantizaba la permanencia del tráfico y una mayor previsión y racionalidad en los resultados esperados. Asimismo, al papado también le era funcional este derecho por cuanto le permitía universalizar su autoridad, sancionando de este modo su papel de árbitro máximo de la cristiandad. Este derecho lo facultaba tanto para juzgar sobre la capacidad del emperador elegido, como también para intervenir en su configuración como autoridad suprema, incluso temporal, en los asuntos internos de los reinos cristianos. De este modo, el papado asimiló el derecho romano como un instrumento para racionalizar también su administración, con lo que se adelantó a los demás estados.

La penetración del *ius commune* –en cuanto sistema jurídico estructurado en términos generales con base en el derecho romano y canónico creado por los comentaristas– en los reinos cristianos hispánicos se hizo de dos formas principales: en primer lugar, mediante la creación de estudios generales o universitarios y, consecuentemente, la creación de un estamento de profesionales del derecho y, en segundo lugar, mediante el conocimiento y amplia difusión de los textos legales justinianos y, sobre todo, *summas* y comentarios a los mismos de los glosadores y posglosadores, que fueron un eficaz instrumento de penetración y aplicación práctica del nuevo *ius commune*.

Hay que recordar que el *ius commune* no supone, en ningún caso, la eliminación automática del derecho propio de cada lugar, sino que, en general, su labor fue esencialmente complementaria o supletoria, pero asimismo, de modo progresivo, con una clara preeminencia en casos de diferencias fundamentales.

La recepción del derecho romano-canónico fue muy importante en el área del derecho privado, pero no hay que minusvalorar su influencia en el área del derecho público y, específicamente, en lo que comúnmente se conoce como Derecho procesal. En este punto, hay que mencionar, dentro de un proceso histórico evolutivo, la progresiva sustitución del juez lego por el jurista; la adopción del sistema de prueba legal con la eliminación de las ordalías y, en general, de los sistemas irracionales de prueba, etc.

Con respecto al proceso, esta recepción va a suponer una progresiva sustitución de la autodefensa en favor del órgano público, que va monopolizando la función jurisdiccional, así como la exclusiva competencia estatal en la dictación de las leyes. En resumen, se va viendo cómo la justicia se va constituyendo como un asunto privativo del Ejecutivo, es decir, del rey.

En este punto, hay que señalar que la creación pública del derecho no se hace mediante la promulgación de leyes, sino fundamentalmente a través de la actividad judicial, la que, desenvuelta en el proceso, va a ir ensanchando las parcelas de conocimiento en perjuicio de las jurisdicciones no reales (señoriales, privilegiadas, etc.). Así, paulatinamente, se impone la idea de que la Justicia es privativa del rey, el que va ensanchando su ámbito de actuación mediante la reserva de una serie determinada de asuntos estimados de competencia exclusiva de la justicia real, en cuanto supusieran un ataque contra los derechos de la realeza o bien una amenaza para los intereses cuya defensa correspondía al rey. Todo esto tiene una evolución muy importante: la libre avocación de las causas por la justicia real y, en cierto modo, el arbitrio judicial y su correspondiente consecuencia: la creación judicial del derecho. En este punto, hay que tener presente que los tribunales reales estaban integrados por funcionarios reales que tenían que aplicar las leyes reales, cuya interpretación, declaración y enmienda corresponde al rey.

En este período, los jueces no son más que delegados del monarca, puesto que la facultad exclusiva de juzgar pertenecía a este último. En efecto, dicha potestad corresponde al rey, que es su titular y es quien la ejercita, ya que los reyes son:

“Vicarios de Dios [...] cada uno en su Reyno, puestos sobre las gentes, para mantenerlos en justicia, e en verdad quanto en lo temporal, bien así como el Emperador en su Imperio... el rey es puesto en la Tierra en lograr de Dios, para cumplir la justicia e dar a cada uno su derecho” (Partida II, 1.5). El rey, en cuanto *imperator in regno suo*, está por encima de la ley, correspondiéndole la facultad de legislar (Partida II, 13, 11, Especulo, I,I, 3 y 13).”

Pero no sólo puede hacer la ley y el Fuero Nuevo, sino también mudar al antiguo e incluso derogar la costumbre (Nueva Recopilación, II, Y, Ley de Toro, Partida Y, 1.14, y Partida II, 1.2). Al rey corresponde hacer la ley y la justicia:

“[E]stas cuatro cosas son naturales al Señorío del Rey, que non las deve dar a ningund ome, nin las partes de si, ca pertenescen a el por razon ser señorío natural, Justicia, Moneda, Fonsadera é suos yantares” (Fuero Viejo de Castilla, I,I). “Rey es gobernar e hacer justicia y derecho (Partida II, 1.6).”

Con todo lo anterior se quiere poner de manifiesto que el rey era un órgano de justicia, e incluso, como algunos expresan, que el rey era la justicia misma. El rey tenía, por tanto, como función esencial, la de ser juez del reino; actividad que, si bien en los tiempos pretéritos pudo haber sido exclusivamente desempeñada solo por una persona, con posterioridad a la recepción, ya no era factible de mantener su ejercicio personalizado en el monarca, tanto por la extensión de los territorios, por el número de pobladores de los mismos, como correlativamente debido a la ingente cantidad, en grado creciente, de conflictos que fueron surgiendo. En cualquier caso, el rey es consciente de que corresponde a su soberanía el mantener control sobre la justicia.

Ahora bien, los jueces tuvieron que partir de la situación existente – reconociendo la competencia para el ejercicio jurisdiccional de aquellos que hasta ese momento lo habían hecho (por ejemplo, jurisdicción eclesiástica)– que no fueron capaces en un primer momento de sustituir. Además, por necesidad de racionalización administrativa, si bien el rey es el juez supremo, se ve necesitado de nombrar jueces para administrar justicia; pero al propio rey le corresponde realizar discrecionalmente el nombramiento de los jueces, los que deben impartir justicia por mandato del rey y en representación suya.

El juez debía elegir a todos los jueces, excepto los de avenencia, esto es, los nombrados por las partes.

Hay que tener presente que, sin perjuicio de los poderes exorbitantes del rey para administrar justicia, en ningún caso puede entenderse que el príncipe sea titular de la actividad legislativa. El rey va a ir conquistando la facultad de ordenar el reino a través de la norma, pero ni siquiera durante el período plenamente absolutista va a serle indiscutido este poder -las luchas entre los parlamentos y el rey en Francia dan prueba de ello. Pero, a través de la aplicación judicial al caso concreto, el monarca va fundando su derecho a promulgar leyes.

La importancia de la aplicación judicial residía en que, frecuentemente, era el medio más importante y eficaz a través del cual podía romper el sistema estamental. El monarca pudo ampliar y cimentar su autoridad, aumentado así su esfera de influencia y control mediante la progresiva extensión del ámbito jurisdiccional de sus tribunales, tanto desde el punto de vista territorial y personal, como de aquellos casos que conocía exclusivamente. Por todo ello, es posible decir que la legislación (en el sentido de poder dictar leyes), emana y adquiere fundamento en la Jurisdicción (en el sentido de función jurisdiccional).

Por otra parte, es preciso analizar la propia evolución que tuvo el Estado. A medida que progresivamente se produce una mayor complejidad, debido a que la esfera del poder del monarca se va extendiendo, (pensemos la situación de España y sus territorios americanos) se hace necesaria una especialización o división de funciones que, en algunos momentos, va a provocar una subordinación de la actividad judicial, con predominio de las funciones de gobierno; subordinación que realmente no se observa con claridad, dada la frecuente distinción teórica de funciones, principalmente, pero que prácticamente eran desempeñadas por los mismos órganos.

Si hasta principios de la Edad Moderna todo es justicia o Jurisdicción, a partir de este momento, y debido a dicho proceso de complejización, se produce, primero, el desgajamiento de los negocios de hacienda y, en segundo lugar, de los de guerra; a los que se sumarán otros con el tiempo (negocios de Estado, gobernación, etc.).

Alrededor del siglo XVI, surge una autoridad del Estado que tiene importantes funciones jurisdiccionales: el corregidor, quien detentaba, con carácter ordinario y continuado, la función jurisdiccional, tanto en lo civil como en lo

penal. Esta figura imparte justicia personalmente a través de sus tenientes y actúa también como juez de apelación, entre otras competencias.

Por todo lo dicho hasta aquí, se puede resumir la evolución histórica -anterior al Estado liberal- de la Jurisdicción en los siguientes términos:

La justicia, hasta antes del Estado liberal -la justicia del Antiguo Régimen-, nace inserta dentro de la actividad de la Administración. En este contexto, podemos agregar que el rey era el titular de la justicia, la cual es ejercida por órganos determinados y no va dirigida a la protección de los derechos subjetivos; esto, debido a que los súbditos se encuentran frente al Estado en una situación de igualdad formal negativa: se trata de sujetos sin derechos pues son súbditos antes que ciudadanos.

Veamos, con más detalle, estas características de la justicia.

En el Estado absolutista, el rey es la personificación del Estado. Por ello que, dentro del Estado, va apareciendo una división de funciones -Hacienda, Justicia, Guerra, etc.-, y no implica más que la necesaria racionalización del Estado para enfrentarse a la multiplicidad de cuestiones que la creciente complejidad iba suscitando. En el siglo XI, y siguientes, el rey era el jefe del poder judicial, porque en él reside la potestad de hacer ejecutar las leyes y su autoridad se extiende a cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior.

Algunos autores provenientes del Derecho público acostumbran a dividir la justicia en dos tipos: administrativa o retenida y ordinaria o delegada. La justicia administrativa, o retenida, se refiere a la potestad del rey de decidir los asuntos contenciosos de la Administración, viéndosela como un complemento necesario del poder ejecutivo. La justicia ordinaria o delegada corresponde a la potestad de conocer y juzgar las cuestiones civiles y criminales; el rey, aunque jefe del orden judicial, no administra directamente la justicia, sino por medio de jueces instituidos para tal efecto. La potestad del rey en este punto se concentra fundamentalmente en velar para que la justicia sea administrada pronta y cumplidamente en todo el reino y a este fin se nombra a los jueces y magistrados que deberán desarrollar eficazmente esta función; no obstante, su mandato soberano como jefe del Estado es irrevocable.

Hemos visto que el rey era el titular único de la Administración de justicia, habiendo materias que las conocía personalmente él, o bien, como las materias civiles y criminales, que las conocían, por delegación, jueces y magistrados

subalternos del reino. Esta delegación de facultades del rey no significaba enajenación, ya que mantenía la posibilidad de retirar o limitar a sus delegados ordinarios –los jueces– no pudiendo nadie impugnar al monarca el derecho a retener el conocimiento de los procesos civiles y criminales. En este contexto, podemos decir, entonces, que el poder judicial está dentro del poder ejecutivo, o bien, podemos caracterizar a este período como una ausencia de separación entre administración y justicia.

Los órganos que ejercían la función jurisdiccional no tenían como única dicha función. En efecto, es de destacar el caso de los alcaldes que, en el caso español, conservaban su carácter de funcionarios judiciales hasta tiempos no tan remotos (1870). ¿Cómo actuaban estos alcaldes–jueces? Ellos actuaban no con base al principio de legalidad, pues dictaban sus sentencias sin atenerse al derecho vigente. La actividad del juez era bastante arbitraria, sin que, muchas veces, razonaran teniendo como fuente al derecho vigente, ni menos que consignaran por escrito su razonamiento. Asimismo, aplicaban penas distintas a las establecidas por la ley.

En estricto rigor, en el Absolutismo no se puede hablar de la existencia de derechos subjetivos del ciudadano que frenen o controlen el poder del Estado. Sin perjuicio de ello, se puede decir que los súbditos del reino se encontraban en una situación de igualdad, que se puede denominar de igualdad formal negativa. El Estado administraba justicia para todos los súbditos, pero no como un derecho de éstos. Esto significaba que la Administración de justicia era, antes que nada, una prerrogativa del rey, mas no un derecho de los subalternos, al estilo del derecho a la tutela judicial que conocemos hoy en día (art. 19 nº 3 inc. 1º, *Constitución Política de la República de Chile*). La actuación de los jueces se desenvolvía bajo el principio de oportunidad, provocando el absolutismo judicial.

De acuerdo con todo lo anterior, calificar sin más a la justicia del Antiguo Régimen como Jurisdicción es inadmisibles. Prueba de ello es la diferente consideración que a partir de la Ilustración –y sobre todo del pensamiento liberal iniciado por Locke y Montesquieu, entre otros– se va a tener del instituto. Podría hablarse en el Antiguo Régimen de una Jurisdicción, a lo más, en fase embrionaria.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA JURISDICCIÓN EN EL ESTADO LIBERAL

La eliminación de privilegios de clase y, por ende, de las justicias particulares, contribuyó, en el período postrevolucionario francés, a consolidar la estricta vinculación entre Jurisdicción y Estado.

Bien sabemos que fue Montesquieu el primero en plantear un estudio respecto a la división de los poderes públicos en su obra *El Espíritu de las Leyes* (véase edición de 1845). Podemos adelantar que la idea de Montesquieu sobre la división de poderes incluye un juego articulado de poderes diferenciados en el que el legislativo ostenta la primacía y con él la soberanía de la ley, necesaria para proteger la autonomía de los hombres, que integra el ámbito de las libertades. Su teoría de la división de poderes, con la ya apuntada primacía del poder legislativo, se pone de relieve si se la confronta con su concepción del despotismo, expuesta tanto en su obra *El Espíritu de las Leyes* como en sus *Cartas Persas*, en las que define al despotismo como el gobierno en el que el derecho y voluntad del monarca son sinónimos, y en el que los poderes intermedios entre el rey y el pueblo han sido eliminados con la subsiguiente consecuencia de supresión de la libertad.

Frente a esta concepción del despotismo, su teoría de la división de poderes supone la creencia respecto a que de la libertad política puede surgir una organización adecuada del Estado. Es decir, se pretende formular un sistema en el que las leyes, conforme a las circunstancias de cada nación, permitan el establecimiento de un sistema de contrapesos en el que el poder contenga al poder. Montesquieu no crea, como una invención teórica, los poderes del Estado que han de dividirse, sino que se limitó a aceptar la división social de los poderes existentes, división que la plantea entre el ejecutivo –el monarca– y el legislativo –la nobleza y burguesía.

Los postulados de Montesquieu pueden resumirse diciendo que para salvar la libertad política es necesario que el poder contenga el poder, como medio de evitar el poder político único y, con ello, la posible opresión de los ciudadanos. Para ello, se hace necesario separar las funciones estatales: legislativa, ejecutiva y judicial; confiriéndolas, respectivamente, a tres órganos distintos.

Sostiene Montesquieu que los poderes legislativo y ejecutivo han de estar separados, ya que si se configura la ley como regla general, abstracta, preexistente a los hechos particulares y formulada para el porvenir, sus

preceptos no han de ser inspirados por las preocupaciones o casos particulares que atañen a los legisladores. Por eso mismo, las leyes no pueden ser dictadas por el ejecutivo, quien en su consideración de ejecutor de las leyes, actúa atendiendo a consideraciones particulares o momentáneas.

Por las mismas razones, es necesaria la separación del legislativo y judicial, ya que si el juez fuera también legislador, podría cambiar las leyes caprichosamente en el momento de aplicarlas.

También se requiere la separación del ejecutivo y judicial; de otro modo el ejecutivo podría utilizar la función judicial para aplicar las leyes según sus intereses, rompiendo la legalidad necesaria para la aplicación del derecho.

La teoría de Montesquieu ha sido interpretada de diversas maneras por los autores. Así, se podría ver en la tesis de Montesquieu, por una parte: una interpretación de plena división de poderes; por otra, una interpretación de no confusión de poderes. Así también, se ha visto a Montesquieu como, por un lado, un defensor del orden medieval absolutista y, en otros casos, como un pensador liberal e ilustrado.

Según la primera interpretación, la idea esencial del pensamiento de Montesquieu es la separación de poderes, consistente en la distribución de los tres poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) en tres órganos o grupos de órganos absolutamente distintos, plenamente independientes e incluso perfectamente aislados unos de otros. Sin embargo, no es compartible del todo esta interpretación. En la tesis de Montesquieu se puede apreciar la constante interrelación entre los poderes del Estado. Así, recoge un derecho de veto del ejecutivo sobre el legislativo, como también el derecho del ejecutivo de convocar al Parlamento. Al legislativo, por su parte, se le asigna también, además del derecho y deber de legislar, la posibilidad de controlar la acción ejecutiva del gobierno, supervisando la ejecución de las leyes y, al mismo tiempo, determinar la obligación de los ministros de justificar su actuación, pudiendo ser investigados y castigados. Finalmente, el legislativo puede intervenir en la tarea jurisdiccional, en cuanto puede actuar como tribunal de sus pares (Cámara Alta), en materia de procesos políticos. Por otra parte, en los casos en que por resultar la ley demasiado rigurosa, solo él puede adecuar la aplicación de la ley.

Por lo anterior, algunos autores deducen que el principio de la teoría de Montesquieu no es el de la separación de poderes, sino el de la no confusión de los tres poderes o, al menos, entre dos de ellos, limitándose a excluir que un mismo órgano ejerza dos o tres poderes. A diferencia de la concepción anterior

que es abiertamente más radical, esta supone simplemente la necesidad de no identidad o no confusión entre los distintos poderes.

En relación con este tema, surge la inquietud de si Montesquieu concebía a los tres poderes por igual o, por el contrario, si concebía a uno de estos como poder soberano o supremo. Hay que partir señalando que Montesquieu veía a la potestad judicial o jurisdiccional como *invisible et nulle*. Ello se debe a que, por un lado, no ejerce ningún papel político, limitándose a la mera subsunción de los hechos en la ley, a través de la sentencia correspondiente; por otro lado, a que la potestad jurisdiccional debe ser atribuida no a un senado permanente, sino a personas del pueblo. Por ello, Montesquieu sólo considera como poderes en sentido propio al monarca, a la cámara alta y a la cámara baja, que vendrían a ser las tres fuerzas sociopolíticas que acepta como tales. Pero además, dada la manera como configura la constitución y función de la potestad jurisdiccional, se ve que otorga primacía al legislativo.

Veamos ahora la concepción de Montesquieu respecto al poder judicial. Considera que el ejercicio de la potestad jurisdiccional debe realizarse con exclusión del monarca, ya que si juzga él mismo, al ser en los Estados monárquicos el príncipe la parte que persigue a los acusados y los hace castigar o absolver, al mismo tiempo será juez y parte, ocasionando la destrucción de la Constitución y la aniquilación de los poderes intermedios. Los jueces tampoco deben ser interferidos por el poder legislativo, salvo en los supuestos de justicia política, juicios de nobles y moderación del rigor de la ley. Así vista, la Jurisdicción parece configurarse como poder. Pero, en la concepción del autor francés, ¿es realmente un poder el judicial?; por otra parte, ¿es independiente?

Veamos el primer punto, es decir, si el poder judicial es realmente poder. Del texto *El Espíritu de las Leyes* pueden concluirse dos posibles interpretaciones, en primer lugar: si es poder, lo es en un sentido distinto del de los otros dos; en segundo lugar, no es poder en ningún sentido. Ambas interpretaciones son posibles, pero lo importante a destacar, optándose por el camino que sea de los dos, es el de mostrar en qué forma el judicial se diferencia de los otros dos poderes. El término *pouissance* (que se puede traducir como *potestad*) que utiliza el propio Montesquieu parece ser más adecuado que el de *pouvoir* (poder). Pero no hay que caer en una mera discusión terminológica, por lo que aparece conveniente detenerse en qué podría diferenciarse el poder o la potestad jurisdiccional de los otros poderes estatales.

Partamos de la base de que el análisis que hace Montesquieu en su obra maestra, corresponde a la construcción de una Constitución Política y, por ello, el problema no es estrictamente jurídico, sino de fuerzas políticas, de poderes sociales, de modo que cada poder representa a un grupo social (el legislativo, a la nobleza y burguesía; el ejecutivo, al rey).

Pero, ¿a quién representa el poder judicial? En la obra de Montesquieu no hay una respuesta clara a esa pregunta. Si el poder judicial los representa a todos, entonces no representa a nadie y, como tal, no es poder. Por otra parte, hay que decir que para Montesquieu la función judicial es adjetiva, es decir, es un simple instrumento o cauce de aplicación de la ley. Asimismo, considera a los jueces como máquinas de hacer silogismos, simples voceros de la ley, *bouche qui prononce les paroles de la loi* (boca que pronuncia las palabras de la ley), cuya única función se resume en la aplicación de la pena que la ley señala, puesto que la premisa mayor, es decir, la norma, está previamente establecida, y la premisa menor, es fijada por el jurado.

El juez, según nuestro autor, no puede modificar ni el rigor ni la fuerza de la ley, so pena de convertirse en legislador; lo que supondría la incertidumbre en la sociedad al no poderse saber con exactitud las obligaciones que la ley impone. Por tanto, el juez no puede interpretar, sino solamente aplicar la ley, pues la ley es la ley y no lo que los jueces consideran como tal. Por otra parte, Montesquieu rechaza la profesionalización técnica del juez, como medio de evitar la venalidad y porque la ley se realiza desde la conciencia misma del jurado. La ley se supone conocida por todos, lo que hace innecesario un técnico en derecho que aplique la ley.

De acuerdo con lo anterior, parece que no es adecuado, en la concepción de Montesquieu, hablar de poder en relación con la Jurisdicción.

Ahora bien, la potestad jurisdiccional es independiente en un doble aspecto. Expresaba el autor francés que lo es en cuanto no está sometida ni al ejecutivo ni al legislativo; de modo que la aplicación de la ley se realizaría según criterios no particulares ni discriminatorios. Pero, además, es independiente en cuanto sometida a la ley. Esta última afirmación puede parecer paradójica, porque hace depender la función judicial total y absolutamente de la ley y esta es fruto exclusivo del legislativo, de modo tal que podría llegar a pensarse que, en último extremo, la justicia depende del legislativo. Pero no se debe omitir que la ley ha de entenderse como una regla general y abstracta, apareciendo la norma no solo como antecedente necesario para el desarrollo de la función judicial, sino que por su generalidad, en cuanto referida a sujetos abstractos

determinados mediatamente y conectada a su irretroactividad; constituye así la *conditio sine qua non* de la existencia de la independencia. Dicho de otro modo, en cuanto la ley es expresión de la voluntad de todos, el juez depende de esa voluntad general y no de la de nadie en particular. Situación que hace que, en definitiva, se lo considere como independiente.

La pregunta que uno puede formularse es qué buscaba Montesquieu con su doctrina de la separación de poderes. ¿Es Montesquieu el artífice del Estado moderno democrático que suprime toda referencia de una sociedad organizada en estamentos? En realidad, la tesis que apunta a la idea de que con tal doctrina nuestro autor buscaba reafirmar la voluntad general del pueblo expresada en la ley debe ser rechazada por varios motivos. En primer lugar, hay que entender que las luchas políticas acaecidas en el momento en que escribe nuestro autor no comprendían a todos los que habitaban tierras francesas, sino que sólo involucraban al monarca y a la nobleza. Más tímidamente se puede incluir también a la burguesía. En este sentido, Montesquieu tuvo que defender a uno de esos tres poderes sociales. Dicho de otro modo, no todos los que habitaban tierras galas estaban en su mira.

En segundo lugar, tampoco se debe entender que Montesquieu quería defender imparcialmente la voluntad expresada en la ley, cualquiera que fuese el mandato que dispusiera esa ley. Nuestro autor no defiende nada que pueda ser similar a una concepción positivista del Derecho, entendida esta como aquella que sostiene que la ley es válida en la medida que el enunciado normativo emane del órgano y bajo el procedimiento previsto por la ley, independientemente de lo que disponga esa ley. En este sentido, Montesquieu no puede ser considerado como un positivista, porque él defendía las prerrogativas del estamento noble.

En la época en la que él escribe, la fuerza de la burguesía es todavía débil. Entonces, uno puede llegar a la conclusión que lo que él pretende con su teoría es dividir, fundamentalmente, el poder entre el monarca y el estamento noble, para así evitar el despotismo. Se trata de construir una sociedad donde no exista una única fuente del poder normativo ni monopolio legítimo de la fuerza; una sociedad de poderes difusos, en algún sentido policéntrica. Dicha división del poder no tiene precisamente por fin, como se acostumbra proclamar, el triunfo de la libertad de los ciudadanos, sino más bien el aseguramiento de las prerrogativas aristocráticas o nobles.

Alguna doctrina califica a Montesquieu como ilustrado y liberal en lo político (Pedraz, 1990). Sin embargo, se señala por otros autores (Rebuffa, 1993) que

al defender las prerrogativas de la nobleza, especialmente en las funciones judiciales que desarrollaban en los denominados *parlaments*, manifiesta así una actitud hostil hacia la racionalización del sistema jurídico y concibe al poder judicial no como un poder que desarrolla una función que modernamente podemos entender como *función estatal*, sino que es sostenedor de una función prepolítica, de carácter social, que consiste en ser el garante de un orden de la sociedad. En definitiva se opone a los intentos del soberano absoluto de reformar este orden buscando mayor eficiencia; en este sentido, el carácter ilustrado y liberal de Montesquieu es bastante cuestionable.

Pese a ello, la conclusión más importante que uno puede extraer de esta interpretación de los textos de Montesquieu que hace un sector de la doctrina, es que la génesis de la independencia judicial dentro de la doctrina de la separación de poderes, se ubica quizá en las antípodas de la cultura jurídica del Estado moderno. No se trataría, con Montesquieu, de tener jueces independientes del soberano legislador para que se respete la voluntad de la ley y, en definitiva, uno podría agregar, la vida y propiedad de los ciudadanos, sino que lo que busca con dicha independencia del poder judicial es asegurar que el monarca no pueda controlar esta parte del poder estatal que debe corresponder al estamento noble. Este orden de poderes se asegura evitando que el monarca designe a los jueces y haciendo hereditarios los cargos judiciales. De este modo, se genera un poder del Estado por razones de sangre.

Luego, sin embargo, Montesquieu se contradice y termina por delinear un modelo de juez que no se corresponde con la idea de proteger a la nobleza como orden social determinado. En efecto, para él los jueces no debían ser permanentes ni estables. Rebuffa (1993) señala que en realidad no hay contradicción en esta parte, puesto que lo que se pretende evitar siempre, es que el poder legislativo, el soberano, no pueda elegir a los jueces, sino que estos deben ser elegidos siempre por parámetros objetivos.

Como sea, es evidente que en Montesquieu hay paradojas. Resulta sorprendente que con sus escritos tan fuertemente inmersos en los problemas y en la ideología del Estado estamental, haya podido llegar a ser, hasta el día de hoy, el teórico de las organizaciones liberales fundadas sobre el sujeto único de derecho y la igualdad formal.

¿Cómo vincular entonces a Montesquieu con la doctrina típicamente liberal de la división de poderes? Uno podría concluir que la doctrina de Montesquieu fue el primer impulso para que, con fines libertarios, se organizara, posteriormente, el Estado como Estado de Derecho; esto implica,

fundamentalmente, reconocer en la Constitución la separación de los tres poderes estatales, con el fin de que la vida, la libertad y la propiedad de los ciudadanos fuese asegurada.

Si bien Montesquieu abogaba, en un primer momento, para que esta organización del Estado respetase los privilegios del estamento noble, los revolucionarios e ilustrados que hicieron suyos sus postulados aplicaron los beneficios de esta organización estatal para el ciudadano burgués; para la mayoría burguesa.

Se puede decir que, bajo los influjos de este autor y ya en la construcción del Estado de derecho (Estado liberal de derecho), es posible observar la progresiva formación de la Jurisdicción en sentido estricto, ostentada por jueces independientes y sustraída del influjo de los otros poderes, en su función de aplicar la ley como expresión de la voluntad general.

Aunque otra cosa pudiese parecer, la elaboración teórica de Montesquieu no resistió al trasladarse al plano de la realidad. A pesar del número importante de constituciones por las que se ha regido Francia, sólo en tres de ellas se habló de poder judicial: en la primera, de 3 de septiembre de 1791; en la del 6 de abril de 1814 y en la efímera que se dio la II República de 1848. En todas las demás se ha eludido esta expresión y se ha hablado de *ordre judiciaire, fonction judiciaire* o de *autorité judiciaire*.

En las primeras constituciones, los jueces se elegían por el pueblo; sin embargo, en la Constitución de 1799, el nombramiento pasó a manos del cónsul, esto es, a Napoleón. A partir de esta fecha, el poder ejecutivo se apoderó de los jueces y tribunales; expresión de ello van a ser: la ley sobre organización de tribunales, de 1800, y la ley sobre organización del orden judicial y la administración de justicia, de 1810.

Napoleón organizó la administración francesa y concibió a la justicia como una parte de esa administración. Los cambios de régimen político no alteraron más la situación. En la Carta Constitucional de 1814, la justicia emana del rey y se administra en su nombre por jueces que él nombra. En la Constitución republicana de 1848, la justicia se administra en nombre del pueblo, pero los jueces son nombrados por el Presidente de la República.

En Francia, desde la ley de 1810, se partía de la idea de que la Justicia era un servicio público, equiparable sin más a cualquier otro; asimismo, los ~~funcionarios del mismo~~ ~~los jueces~~ ~~eran~~ nombrados y destituidos por el ministro de Justicia, atendiendo a criterios de eficacia del servicio, esto es,

a criterios políticos. Para acceder a la judicatura se estableció, en 1906, el sistema de oposición, pero ello no impidió que continuara la concepción administrativa de la justicia. Solo después de la Segunda Guerra Mundial, se producen cambios importantes en la organización de la judicatura francesa y europea en general.

CAPÍTULO TERCERO

**LA JURISDICCIÓN EN EL
ESTADO DE DERECHO CONTEMPORÁNEO**

En el Estado Constitucional de Derecho, la Jurisdicción no asumirá una función estrictamente circunscrita a la resolución de los conflictos entre privados, aplicando la normativa previamente establecida, sino que su ámbito se extenderá también al control de la legislación y la Administración. Asimismo, comprenderá una defensa y garantía de los derechos y libertades fundamentales.

Si en el derecho continental, al menos en el siglo XIX, la Jurisdicción resolvía conflictos jurídicos entre particulares, en el siglo XX y XXI termina no solo por enjuiciar a particulares (causas civiles y criminales), sino que también enjuicia a la Administración (causas administrativas) y al legislador (causas constitucionales). Toda la sociedad (personas, políticos, funcionarios) está bajo el poder jurisdiccional.

Hoy en día, no existen ámbitos exentos de control jurisdiccional. La garantía y efectividad de los derechos fundamentales requiere ineludiblemente la inexistencia -en términos generales- de ámbito alguno que no sea alcanzado por la posibilidad de control inherente a la Jurisdicción.

Por otra parte, hoy en día la Jurisdicción ha alcanzado niveles muy altos de independencia, entendida esta en relación con los otros poderes del Estado.

SEGUNDA PARTE

SECRETARIA DE ECONOMIA
SECRETARIA DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO
SECRETARIA DE AGRICULTURA, GANADERIA Y DESARROLLO RURAL
SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA
SECRETARIA DE ENERGIA
SECRETARIA DE SALUD
SECRETARIA DE TRABAJO Y PREVISION SOCIAL
SECRETARIA DE TURISMO
SECRETARIA DE FOMENTO ECONOMICO FEDERAL
SECRETARIA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y CALIDAD
SECRETARIA DE MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES
SECRETARIA DE PLANEACION ECONOMICA
SECRETARIA DE PROTECCION CIVIL
SECRETARIA DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES
SECRETARIA DE VIVIENDA Y OBRAS PUBLICAS
SECRETARIA DE DEFENSA NACIONAL
SECRETARIA DE LA PROTECCION CIVIL
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO CULTURAL
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO HISTORICO
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO LINGUISTICO
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO TURISTICO
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO VEGANAL
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO ZONAL
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO NACIONAL
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO MUNDIAL
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO EUROPEO
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO ASIATICO
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO AFRICANO
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO OCEANICO
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO ANTICO
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO MODERNO
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO CONTEMPORANEO
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO FUTURO
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO INDEFINIDO
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO INCONOCIDO
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO INDESCRIBIBLE
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO INIMITABLE
SECRETARIA DE LA PROTECCION DEL PATRIMONIO INIMITABLE

CAPÍTULO PRIMERO

TEORÍAS SOCIOLOGICAS

Las teorías sociológicas sobre la función jurisdiccional arrancan, por definición, del ámbito extrajurídico en que la actividad jurisdiccional, por medio de la acción y del proceso, se origina. Estas teorías tratan de fijar, en definitiva, la función jurisdiccional, considerando la misión puramente social que a esta se le asigna. Todas las teorías sociológicas de la función jurisdiccional señalan, más o menos, que esta se predispone para la resolución de un conflicto social, entendiéndose por social, en términos amplios, como un conflicto intersubjetivo.

Parten estas teorías –más o menos explícitamente– de la observación elemental de que los hombres, al vivir en comunidad, se hallan en relaciones unos con otros, relaciones que pueden desarrollarse pacíficamente, pero que pueden originar también roces o fricciones entre estos miembros de la comunidad. La existencia de estos roces o fricciones, esto es, genéricamente, los conflictos, no puede abandonarse al libre juego de las fuerzas sociales, prescindiendo de todo tratamiento jurídico.

Si los conflictos sociales no fueran regulados en absoluto por el derecho, se pondría en peligro la justicia y la paz social. De aquí que los ordenamientos jurídicos contengan siempre una serie de instituciones o medidas tendentes a apaciguar los conflictos sociales. Aquí se inserta la actividad jurisdiccional, la que, por medio del proceso, puede dar solución a tales conflictos sociales. En otros casos se habla de la función jurisdiccional como instancia de apaciguamiento de las tensiones sociales.

Los tribunales chilenos se han acercado en algunos fallos a esta concepción de la función jurisdiccional como instancia de resolución de conflictos, aunque ya con una dimensión más jurídica, sin perjuicio de que, en su trasfondo, se observe una dimensión sociológica. Así, la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de fecha 30 de diciembre de 1983, declaró que “la jurisdicción es la potestad de que se hallan revestidos los jueces para administrar la justicia y cuyo objetivo es la resolución de un conflicto entre partes [...]”. A su vez, la Corte Suprema ha declarado en su sentencia de fecha 6 de marzo de 1989, que “la jurisdicción es el poder que tienen los tribunales de justicia para resolver, por medio del proceso, y con efectos de cosa juzgada, los conflictos de relevancia jurídica en cuya solución les corresponde intervenir”.

Jaime Guasp (1985), destacado y ya desaparecido procesalista español, desarrolla una certera crítica a la idea de la función jurisdiccional entendida como solución de la litis o del conflicto intersubjetivo, crítica que puede ser resumida del siguiente modo:

La teoría de la composición de la litis o del conflicto resulta materialmente excesiva al atribuir a la actividad jurisdiccional (aunque el autor se refiera siempre al proceso y no a la actividad jurisdiccional, pero Jurisdicción y proceso trasuntan una misma cosa; son nociones inescindibles) una base sustancial más amplia de la que esta realmente tiene.

La doctrina del conflicto se observa materialmente excesiva porque sería innecesario acudir a la compleja noción del choque social para explicar el nacimiento de la actividad jurisdiccional. Ciertamente, con frecuencia, suele ocurrir que el proceso nace porque, con anterioridad a su desarrollo, dos o más sujetos han disputado entre sí sobre un determinado bien de la vida. Pero, en el fondo, la real existencia de un conflicto resulta indiferente para que el proceso se dé. La reclamación ante un juez provoca siempre un proceso con o sin colisión previa, con o sin conflicto previo. Dicha colisión puede preexistir al proceso, pero puede también no preexistir, bien porque de hecho el reclamante no la haya suscitado, bien porque de derecho no haya colisión material imaginable acerca del objeto a que el proceso se refiere.

Pensemos en el caso en que un acreedor demande a su deudor ante los tribunales, sin haberle reclamado extrajudicialmente el pago de la deuda. En esta situación podría haber, a lo sumo, antagonismo de intereses, pero no colisión o conflicto; además, el hecho de que el allanamiento inmediato con el pago del deudor extinga el proceso y ponga fin a la actividad jurisdiccional, no impediría en absoluto considerar que hubo actividad jurisdiccional y un proceso válido. En este caso, entonces, no encaja decir que la actividad jurisdiccional tiene por función la composición de la litis o del conflicto, porque en el caso que examinábamos, éste no existió. La actividad jurisdiccional se desarrolló sin que existiera conflicto alguno.

Pensemos, por otra parte, en la situación de un cónyuge que demanda a otro para obtener del juez la anulación del vínculo matrimonial o el divorcio. El conflicto entre los cónyuges acerca de la subsistencia o no del vínculo que los une, nada tiene que hacer en el proceso correspondiente. Los cónyuges podrán o no disputar entre sí acerca de este extremo, pero el proceso de anulación o disolución queda al margen de tal circunstancia; ni la avenencia entre las partes hace inútil el proceso y la actividad jurisdiccional, ni la colisión de

hecho entre ellos, prejuzga la suerte o el contenido de la resolución final. Hasta aquí la crítica de Guasp.

Por otra parte, hay que decir que la tesis que ve como objeto de la Jurisdicción la solución de conflictos intersubjetivos, pone el acento solo en el ámbito civil y no en todo el ámbito civil, sino sólo en el proceso civil declarativo, dejando de lado las sentencias constitutivas, meramente declarativas y el proceso ejecutivo. Por otra parte, no permitiría explicar adecuadamente la intervención jurisdiccional en el proceso penal.

En relación a las sentencias constitutivas, en estos casos no tiene que haber necesariamente ni violación de norma alguna ni, por ende, conflicto entre partes. Lo que hay en estas situaciones son intereses públicos que se consideran preeminentes. Pensemos en la actividad jurisdiccional para declarar incapaz a una persona o en aquella por la cual se reconoce la paternidad, entre otras posibles. Se trata de situaciones en las que la ley sustrae determinadas situaciones de la autonomía privada de los individuos, estableciendo así que la constitución, modificación o extinción de tales situaciones jurídicas (o sea los efectos que se llaman constitutivos en términos generales), no puede darse sino a través de la intervención del órgano jurisdiccional.

Se puede vender o dar en arriendo cualquier bien mueble sin que en ello deba intervenir el poder público, porque son esferas que el ordenamiento jurídico entrega en exclusiva a la autonomía privada de los individuos. Por el contrario, no se puede disponer libremente de las relaciones de familia o sobre la condición de plena capacidad de los individuos, sin que la autoridad estatal intervenga, puesto que en ello existiría un interés público. En estos casos, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de encontrar la existencia de aquellas circunstancias de las cuales el ordenamiento mismo quiere que dependa la realización de los efectos. Y se trata de circunstancias que no implican violación de norma alguna y, como tal, no puede hablarse de conflicto alguno.

Por otra parte, existe otra manifestación civil de la actividad jurisdiccional que no supone violación de norma jurídica alguna y, por tanto, no presupone conflicto intersubjetivo. Se trata de la denominada función jurisdiccional meramente declarativa (o de *mero accertamento*, según terminología procesal italiana). Aquí la actividad jurisdiccional se hace necesaria para clarificar la existencia de un derecho de un determinado sujeto. Se trata de aquellos casos en los que un sujeto, por ejemplo, respecto del derecho de propiedad de otro, se jacta de ser el también propietario. O en aquel caso en que un sujeto que

antes de que se haga exigible su deuda niega ser deudor. En estas situaciones se verifica un hecho que no es todavía de violación, pero que podría llegar a serlo. Se trata, por tanto, de situaciones en las que existe incerteza objetiva acerca de un derecho. Es lógico que el ordenamiento jurídico ofrezca un instrumento para eliminar esta situación de incerteza, antes que se produzca una concreta violación a los referidos derechos.

Los tribunales chilenos han reconocido también este ámbito de la Jurisdicción. La Corte Suprema, por sentencia de fecha 13 de noviembre de 1985, ha señalado que "las causas civiles nacen del planteamiento que se les formule, relativas a asuntos del orden temporal y de naturaleza jurídica contenciosa que se sucedan u ocurran y en que exista un interés jurídico en esclarecer y, entre otros casos, se deben contar las situaciones de incertidumbre jurídica que acontezcan y que supongan un estado de peligro para los que se hallan involucrados, situaciones que sólo cabe resolverlas por una sentencia meramente declarativa que las dilucide, dando certidumbre a los interesados. Se trata en este caso también de una función jurisdiccional propia de los tribunales creados por la ley y más concretamente de los tribunales ordinarios, pues a éstos les corresponde conocer de los asuntos civiles contenciosos que la ley no entrega a determinado tribunal especial".

Como tal, la concepción de la función jurisdiccional como instancia de solución de conflictos, no alcanza a cubrir todas las posibilidades de actuación jurisdiccional; como tampoco explica siempre, en definitiva, el porqué de la actuación jurisdiccional.

Pese a estas críticas, la concepción sociológica es la más utilizada en las definiciones y referencias que realizan la jurisprudencia y doctrina nacionales.

CAPÍTULO SEGUNDO

TEORÍAS JURÍDICAS

I Teoría subjetiva

La teoría subjetiva nace de una dimensión civil de la Jurisdicción y concibe la función jurisdiccional para la defensa de los derechos subjetivos de los individuos o la reintegración plena de aquéllos en los casos de amenaza o violación. De este modo, se puede decir que, por medio de la Jurisdicción, el Estado tutela los derechos de los ciudadanos. Esa concepción partiría de una visión política propia del Estado liberal, en que la Justicia aparece como un servicio puesto a disposición de los ciudadanos para mantener el orden entre los coasociados.

Respecto de esta teoría, habría que decir que adolece de las siguientes falencias: en primer lugar, no siempre la actividad jurisdiccional presupone un derecho amenazado o violado, bastando la simple incertidumbre sobre su existencia. Pensemos en la denominada Jurisdicción de *mero accertamento* que examinábamos hace un momento; en segundo término, no justifica la intervención en el proceso de personas que ni siquiera alegan la tutela de un derecho subjetivo. Pensemos en la solicitud de declaración de interdicción del demente, y, en tercer lugar, se limita fundamentalmente a la manifestación civil de la Jurisdicción, olvidando completamente el campo penal, en los que no hay propiamente derechos subjetivos en juego. Lo mismo podría decirse en algunas hipótesis del proceso administrativo, entre otros casos.

II Teoría objetiva

La concepción objetiva de la función jurisdiccional es posterior en el tiempo y tiene ya un más amplio campo de visión. En términos generales, esta tesis postula que la Jurisdicción persigue la actuación del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma al caso concreto. Esta visión parte del hecho de que al Estado le corresponde asegurar la actuación del derecho objetivo en los casos en que el mismo no sea voluntariamente observado. La norma a aplicar es para el poder público la regla que debe ser seguida para que una cierta finalidad sea alcanzada; la misma norma es para el órgano

jurisdiccional el objeto de su actividad institucional, en el sentido de que la actividad jurisdiccional se ejercita al solo fin de asegurar el respeto del derecho objetivo.

Políticamente, esta concepción respondió inicialmente a una idea del derecho que veía en la voluntad del Estado y en su observancia el respeto a la autoridad; en esta, dicen algunos críticos, queda en la sombra el interés individual en la defensa del derecho subjetivo y surge en primer plano el interés público en la observancia del derecho objetivo. Ha sido calificada algunas veces como una concepción autoritaria de la Jurisdicción.

Ahora bien, la crítica en clave autoritaria de la Jurisdicción debe ser relativizada. También se la puede concebir en un sentido social, que se opondría al liberalismo individualista del siglo XIX.

De estas dos grandes visiones de las funciones de la Jurisdicción, la primera (subjetiva) correspondía a una concepción privatista del Derecho Procesal y es de difícil anclaje en la actualidad política e institucional. La teoría subjetiva no da una explicación de la función jurisdiccional con relación a todos los ámbitos sobre los que se ejerce la potestad jurisdiccional. Por el contrario, la teoría objetiva presenta la importante ventaja que cubriría todas las manifestaciones de la Jurisdicción.

Ni siquiera cabría alegar contra la teoría objetiva, que sería inadmisibles tratándose de intereses privados, donde la función jurisdiccional no podría ser la actuación del derecho objetivo sino la tutela de los derechos subjetivos. Frente a tal crítica, bastaría tener en cuenta que, en estos casos, lo que sucede es que la actuación de la ley depende de la voluntad del particular. El principio de oportunidad, principio inherente al proceso civil patrimonial, lleva a que si el derecho privado resulta violado y se requiera de una actividad del Estado para darle protección, solo el afirmado titular de ese derecho puede rogar la tutela del Estado y el juez estatal la dará aplicando el derecho objetivo. El hecho de que la aplicación del derecho objetivo dependa de la voluntad de un particular no impide que, en cualquier caso, la función jurisdiccional se resuelva en la actuación del derecho objetivo.

Sin embargo, hay que agregar que la teoría objetiva no queda inmune a toda crítica. La más certera apunta sobre el hecho de que la administración también actúa el derecho objetivo, de modo tal que no se vería una diferencia entre la actividad administrativa y la jurisdiccional. Esto ya lo hizo ver el propio Kelsen (2002).

III La teoría de la satisfacción de pretensiones

Otro sector de la doctrina, principalmente española, se ha inclinado por teorías distintas de la función jurisdiccional. En esta posición destaca Jaime Guasp (1985), quien refirió la actividad jurisdiccional a la satisfacción de pretensiones.

Lo que la Jurisdicción vendría a hacer es hacerse cargo de las quejas de los individuos que viven en comunidad. Dicha queja, colocándonos en un plano extrajurídico, puede ser entendida como pretensión. Ahora bien, a esta pretensión, en sentido sociológico, corresponde otra en un sentido jurídico, de la que, en definitiva, se hace cargo la Jurisdicción a través del proceso. El proceso jurisdiccional aparece, así, como un instrumento de satisfacción de pretensiones; en otras palabras, es una construcción jurídica destinada a remediar, en derecho, el problema planteado por la reclamación de una persona frente a otra. La Jurisdicción, por ende, intentaría dar una satisfacción jurídica a estas pretensiones.

Hoy en día, ampliando la tesis original de Guasp, se puede sostener que la función de la Jurisdicción es la satisfacción de los intereses jurídicamente relevantes.

La satisfacción de pretensiones propuesta por Guasp, si bien es válida y en sus extremos generales compartible, no alcanza a ver todo el fenómeno de la función jurisdiccional, puesto que ésta puede satisfacer no al que pretende, sino, por el contrario, al que resiste.

En relación a la idea de satisfacción de intereses, habría que partir, primeramente, del propio concepto de interés jurídico. Se puede concebir a éste como aquella situación favorable para la satisfacción de una necesidad, que recibe reconocimiento por el ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, como cualquier ventaja, bien o utilidad legítimas, esto es, coherentes con el entramado legal y constitucional.

La Jurisdicción tendría por función satisfacer de manera irrevocable los intereses jurídicos a través de la aplicación en el proceso de la ley, conociendo, resolviendo (o juzgando) y, eventualmente, haciendo ejecutar lo juzgado. Tal interés, utilidad o ventaja estarán expresados en la pretensión que deduzca el actor o en la resistencia que oponga el demandado.

La satisfacción de tales intereses jurídicos se hará por medio de la decisión dictada por el tribunal, el cual habrá de ponderar -en caso de concurrencia

jurídica de tales intereses, ventajas o utilidades, es decir, en caso de que tanto el interés, ventaja o utilidad contenida en la pretensión, como en la resistencia, sean jurídicos- cuál es el socialmente relevante y así cuál de ambos contrapuestos debe ser irrevocablemente satisfecho.

Pareciera ser que esta última teoría es la que permitiría describir, más ampliamente, lo que hacen los tribunales de justicia, hoy en día, en nuestro país y en los países de nuestro entorno.

TERCERA PARTE

CAPÍTULO PRIMERO

CARACTERÍSTICAS DE LA JURISDICCIÓN: UNIDAD, EXCLUSIVIDAD E INDEPENDENCIA (IMPARCIALIDAD)

I Unidad

En tanto competencia constitucional, la Jurisdicción tiene un carácter único e indivisible. Solo hay una Jurisdicción.

El principio de unidad jurisdiccional es el resultado de un largo proceso evolutivo que refleja una aspiración política secular: la desaparición de todas las jurisdicciones privilegiadas o jurisdicciones especiales.

El constitucionalismo decimonónico europeo es buena muestra de esa tendencia hacia lo que se denominó unificación de fueros, tendente a la eliminación de privilegios de clase y a la garantía de igualdad de los ciudadanos ante la justicia.

La Jurisdicción es una y es la misma cualquiera sea el tribunal que la ejercite y el proceso de que se valga para ello. Pero tiene, además, carácter totalizador, en el sentido que cuando el órgano dotado de potestad jurisdiccional la ejercita, lo hace como un todo sin posibilidad de fragmentación. De este modo, cuando en el lenguaje corriente que utilizan los operadores jurídicos así como la propia ley, se habla de *Jurisdicción civil, penal, laboral*, etcétera, en realidad se incurriría en una impropiedad ya que la Jurisdicción no admite clasificaciones. La competencia se puede dividir pero no así la Jurisdicción. En estos casos, aparece más apropiado hablar de *tribunales civiles, penales, laborales*, etcétera, y no así de distintas jurisdicciones.

Lo que entre los tribunales puede distribuirse es el ámbito, la materia, el territorio o la actividad sobre la que se ejerce la potestad jurisdiccional. Surge así la noción de competencia. La competencia no es la parte de la Jurisdicción que se confiere a un órgano, ni la medida de Jurisdicción que se le atribuye; es la parte sobre la que se ejerce la potestad jurisdiccional. Aunque la Jurisdicción no se reparta, sí cabe repartir la materia, el territorio y la actividad procesal. Es así posible que la ley disponga que un órgano jurisdiccional conocerá sólo de materias civiles y otro sólo de materias penales. También es posible que la ley disponga que la potestad jurisdiccional de un tribunal se ejerza en todo el

territorio chileno y, la de otro, en una determinada zona del territorio estatal, como puede ser una comuna o región del país.

II Exclusividad

La nota de exclusividad de la Jurisdicción, principio político fundamental y criterio distintivo básico, es recogida por el artículo 76 CPR: "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 ley [...]". La misma idea repite el artículo 1° del Código Orgánico de Tribunales (en adelante COT).

La exclusividad de la Jurisdicción puede ser referida en un sentido positivo y en uno negativo. En un sentido positivo, la exclusividad viene a significar que el Estado asume la Jurisdicción en régimen de monopolio, para conferir su ejercicio, también con carácter exclusivo, a los jueces y tribunales determinados por la ley. Ello implica que nadie más que el Estado podrá crear órganos jurisdiccionales. Por otra parte, viene a significar un monopolio judicial, esto es, solo los tribunales creados por ley están investidos de la potestad jurisdiccional. Monopolio estatal, es decir, sólo el Estado tiene la potestad jurisdiccional y monopolio judicial, sólo los tribunales creados por ley tienen la potestad jurisdiccional.

En un sentido negativo, la exclusividad impone a los tribunales de justicia la prohibición de desarrollar otra actividad que no sea la jurisdiccional. Esto se deriva en el derecho chileno de la norma general del artículo 7° CPR. Pero, además, el artículo 4° del COT establece expresamente: "es prohibido al Poder Judicial [esto es a la potestad jurisdiccional] mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y, en general, ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes".

Me interesa detenerme un instante, en relación con la exclusividad entendida positivamente, sobre una interpretación difundida en la doctrina jurídica chilena y que derivaría, al parecer, de la redacción de nuestra actual Carta Fundamental. En efecto, el Capítulo VI CPR, lleva por título Poder Judicial. Por otra parte, el artículo 19 n° 3 inc. 6° CPR expresa que: "toda sentencia de un órgano que ejerza Jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado [...]". Esta distinta denominación ha llevado a algunos autores a distinguir entre una función judicial y una función jurisdiccional.

Así, se dice que la función judicial pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley y consiste en la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado. A su vez, la función jurisdiccional sería más amplia que la judicial. Se dice así que puede ser ejercida por todo órgano que ejerza Jurisdicción, sea éste tribunal o pertenezca al Ejecutivo o Administración del Estado o se ubique dentro del poder legislativo. Además, la función jurisdiccional podrá desarrollarse con base en un proceso o no.

Es discutible que la bifurcación entre función judicial y función jurisdiccional tenga cabida en nuestro orden constitucional. El Capítulo VI de la Constitución de 1980, que se titula como Poder Judicial, no hace sino consagrar la potestad jurisdiccional. Este Capítulo VI se encuentra desarrollado con más detalle por el artículo 5° COT, del cual se puede deducir que la potestad jurisdiccional, en el derecho chileno, es desarrollada por los tribunales que integran el Poder Judicial como tribunales ordinarios y especiales, como además por los tribunales especiales que no integran el Poder Judicial, siempre que estén creados por ley, de conformidad con los artículos 76 y 77 CPR y 5° COT.

Ahora bien, el artículo 19 n° 3 inc. 6° CPR podría admitir tres interpretaciones posibles. La primera diría que la expresión "toda sentencia de un órgano que ejerza Jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado" se referiría a un tribunal creado por ley, según los artículos 76 y siguientes CPR. En este sentido, dicha disposición constitucional se limitaría a exigir que la actividad jurisdiccional de los tribunales creados por el legislador sea siempre desarrollada por medio del proceso legalmente establecido y bajo las garantías de un proceso debido.

Una segunda interpretación diría que en la expresión "órgano que ejerza jurisdicción" se comprendería todo órgano público (para algunos también privados), tribunal o no, que resuelva una controversia jurídica entre distintos sujetos, o entre éstos y el Estado. En tal sentido, la norma del artículo 19 n° 3 inc. 6°, lo que aportaría de nuevo, es que en tales casos, siempre la actividad de ese órgano, tribunal o no, que debe entenderse como actividad jurisdiccional, se debe desarrollar por medio de un proceso legalmente establecido y bajo las garantías de un proceso debido. Sin embargo, aun admitiendo que no toda la solución de controversias jurídicas está entregada en Chile a los tribunales de justicia (pensemos tan solo en algunas superintendencias, en los cuerpos intermedios -partidos políticos, universidades, corporaciones de derecho privado, etcétera), lo cierto es que dichos órganos, aun cuando puedan resolver

-no definitivamente- una controversia de carácter jurídico, ello no significa que sean órganos dotados de potestad jurisdiccional. En este sentido, la expresión que utilizó el constituyente de 1980 aparece inadecuada y contraria a los principios de unidad y exclusividad de la Jurisdicción. Pero, además, también es inapropiado decir que la actividad que desarrollen esos órganos para dirimir una determinada controversia deba desarrollarse con base a un proceso legalmente tramitado; toda vez que solo los tribunales creados por ley desarrollan la función jurisdiccional por medio de un proceso. Fuera de la actividad jurisdiccional se podrá hablar de *procedimiento*, o de otra manera, pero la expresión *proceso*, según la evolución de la doctrina procesal más contemporánea, viene reservada en exclusiva para la actividad jurisdiccional.

Una tercera interpretación del artículo 19 n° 3 inciso 6° CPR apunta a una cuestión más de garantías procesales que a la regulación de nuevos órganos estatales. La tesis que postulo acá parte de la base de que la intención de los redactores del actual artículo 19 n° 3 inc. 6° CPR no era una referencia a determinados órganos, además de los tribunales de justicia. Lo que se habría intentado al recoger este precepto constitucional era asegurar una garantía para las personas con referencia a determinadas funciones del Estado y no a órganos del Estado.

A los redactores del art. 19 n° 3 inciso 6° CPR les importaba que cuando la Administración u otro poder del Estado decidiera sobre los derechos e intereses de las personas, esa decisión debía ser racional y justa, es decir, no arbitraria. En este sentido, este precepto constitucional puede ser interpretado como la incorporación a nuestro derecho constitucional de la cláusula de la interdicción de la arbitrariedad de (principalmente) la Administración del Estado, o bien, como la exigencia de la actuación de todos los poderes del Estado bajo las exigencias de un debido proceso sustantivo, como existe en los Estados Unidos de Norteamérica. La garantía constitucional está referida, por tanto, a ciertos requisitos de actuación -con racionalidad y justicia (debido proceso)- de los órganos del Estado; no a la incorporación de nuevos órganos del Estado (los órganos que ejercen Jurisdicción).

Esa preocupación de los redactores de la disposición responde al problema político e ideológico que antecede a la Constitución de 1980. Me refiero a la Administración del gobierno de Salvador Allende, cuando procedía a la expropiación y requisición de bienes dentro del proceso de socialización de los medios de producción. Esa Administración, a los ojos de los redactores de la Constitución de 1980, actuaba de una manera arbitraria, sin oír al afectado,

sin que éste tuviera derecho a defenderse, sin que el órgano fundamentara adecuadamente su decisión, etc.

En este sentido, con la incorporación de la cláusula del actual 19 n° 3 inciso 6° CPR, se quería someter a ciertos cánones de racionalidad y justicia las decisiones y actuaciones del Gobierno y Administración del Estado, cuando incidían sobre los derechos e intereses de los ciudadanos. Todo ello parece ser muy razonable y responde a experiencias conocidas en el derecho europeo y estadounidense. El problema se dio, sin embargo, al cambiar el punto de mira de la cuestión en las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales: desde declarar que todos los órganos del Estado deben actuar de una manera no arbitraria o bajo estándares del debido proceso sustantivo, hacia considerar que esos órganos, especialmente el Gobierno y Administración del Estado, cuando deciden sobre derechos e intereses de las personas, están ejerciendo Jurisdicción. Ese fue un paso indebido e innecesario y que ha traído más de un problema para nuestro Estado de Derecho.

Debe recordarse al respecto la polémica que se desató por años con el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos como tribunal tributario. Pese a que la inmensa mayoría de la ciudadanía tenía claro que ese órgano de la Administración no podía ser considerado un juez de la república —pues era juez y parte y carecía de la debida imparcialidad objetiva— la jurisprudencia de la Corte Suprema y luego del Tribunal Constitucional, siempre consideraron que, en virtud de la concepción funcional de la Jurisdicción, no había ningún problema con esa figura desde el punto de vista de la regulación constitucional del poder judicial y del derecho de las personas a un juez independiente e imparcial como componente del debido proceso. En la medida en que la ley lo facultaba para conocer y resolver el contencioso tributario, era considerado un tribunal de justicia u órgano que ejerce Jurisdicción.

Afortunadamente, la clase política estuvo a la altura de las circunstancias y, desoyendo los fallos de la Corte Suprema en un primer momento y luego del Tribunal Constitucional, que señalaban que no había ningún problema constitucional con la Jurisdicción tributaria, la reformó radicalmente creando en su reemplazo verdaderos tribunales de justicia respetuosos (en lo esencial) de los principios de separación de poderes e independencia judicial, así como del derecho fundamental de toda a persona a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial. Estos tribunales tributarios están fuera de la estructura administrativa del poder judicial, pero en lo esencial son tribunales de justicia independientes e imparciales.

Para evitar que tengamos nuevamente interpretaciones como las que sobre este punto ha dado la Corte Suprema y luego nuestro Tribunal Constitucional y la doctrina, es necesario que la Constitución no se refiera de dos maneras diferentes a los órganos relacionados con el ámbito justicia (tribunal de justicia y órgano que ejerce Jurisdicción). La función jurisdiccional solo debe ser desarrollada por tribunales de justicia. No debería haber referencia alguna al término órgano que ejerce Jurisdicción, sino que debe haber referencia solo a la interdicción de la arbitrariedad del Estado o, si se quiere, al debido proceso entendido sustantiva y procesalmente.

La concepción muy difundida en Chile que postula la existencia de una función judicial y otra jurisdiccional, así como de tribunales de justicia y órganos que ejercen Jurisdicción, atenta contra el requisito de la exclusividad entendida positivamente, así como a las exigencias del debido proceso, que asegura que las personas cuando van a ser juzgadas por el Estado cuenten entre otros aspectos con un tribunal independiente, imparcial y competente.

III Independencia

1 Independencia externa

Ante la pregunta de por qué deben ser independientes los tribunales de justicia, la respuesta que parece obvia es la que sostiene que ello es así para garantizar que se respete el imperio de la ley. Debe haber alguien que esté en condiciones de controlar que se cumpla la ley. ¿Y quiénes deben cumplir la ley? Pues, en primer lugar, los ciudadanos. La ley se entiende como un instrumento de orden social.

Pero también deben cumplir la ley todos los órganos del Estado, especialmente aquellos que forman parte de la Administración del Estado. Precisamente, es quizá en relación a la Administración del Estado el punto en el cual la doctrina justifica más radicalmente la independencia de los tribunales de justicia. La potestad administrativa siempre ha sido la que más activa y sensiblemente encarna la idea abstracta de soberanía y, por eso mismo, respecto de aquella es más probable que se den ocasiones de abuso.

Solamente tiene sentido hablar de independencia judicial en un Estado sometido a reglas legales generales y abstractas; no aparece la necesidad de independencia de los tribunales, donde el poder no esté sometido a

Derecho. Podrá haber necesidad de imparcialidad, pero no de independencia. El monarca podía ser imparcial frente a un súbdito en la resolución de un asunto que le afectaba. Pero desde el momento en que todo individuo, ciudadano o titular de un órgano estatal, ha de someterse al imperio de la ley, se requiere que el órgano juzgador tenga un *status* especial cual es de órgano independiente. Así, en un Estado de Derecho, el ejecutivo no puede dar órdenes a un juez respecto a cómo proceder en un determinado caso; menos cuando, en dicha causa figuran como parte órganos del gobierno o la administración del Estado.

No basta, expresaba Carl Schmitt (1992), garantizar la independencia de los jueces para las causas civiles y penales donde aparecen como parte los ciudadanos. Esto nada tendría de particular y hasta en el Estado monárquico absoluto bien organizado se garantizó. Es que, a su juicio, el interés de la burguesía liberal en la lucha por el Estado de Derecho perseguía, fundamentalmente, un control judicial de los medios de poder del gobierno monárquico y, concretamente, de la burocracia administrativa. Así se explica que muchos autores de Derecho público en el siglo XIX hayan designado como Estado de Derecho sólo aquél en que hay un control judicial de la administración.

El ejecutivo puede ser el principal agente de conculcación de los derechos de los ciudadanos. Por ello el constitucionalismo moderno establece como uno de sus postulados fundamentales el que es útil para la colectividad y necesario para la garantía de la libertad de cada uno, que la magistratura sea puesta en condiciones de ejercitar su función de manera autónoma e independiente de todo otro poder; en esto radica lo esencial. Y esa autonomía debe buscarse respecto de quien detenta el poder político, con especial consideración del ejecutivo.

Pero si se considera como sinónimo de Estado de Derecho aquel Estado donde la Administración está sujeta al control judicial, como proponían algunos iuspublicistas alemanes, uno podría concluir que muchos países europeos de tradición continental, como Francia y España, no tuvieron durante buena parte del siglo XIX un verdadero Estado de Derecho. Recién en 1872, en Francia, se crea al interior del Consejo de Estado una instancia independiente de resolución de las controversias administrativas. Lo mismo sucede en España, en el año 1888, con la ley Santamaría de Paredes.

Resulta contraproducente que en la Francia postrevolucionaria¹ se haya sustraído del control judicial los actos de la Administración que vulneraban los derechos o intereses de los ciudadanos. Las justificaciones para esta negativa son varias. Revisando la doctrina pertinente puedo agrupar en dos los principales argumentos para dicho rechazo. En primer lugar, la propia doctrina de la separación de poderes; en segundo lugar, la ideología de los códigos decimonónicos, es decir, el positivismo formalista basado en el razonamiento jurídico silogístico.

a) La doctrina de la separación de poderes como justificación del rechazo al control jurisdiccional de los actos de la administración del Estado

Alguna doctrina justifica la incontrolabilidad jurisdiccional de los actos de la administración debido a que con ella se pondría en riesgo la esfera autónoma de actuación del ejecutivo. Un poder judicial con capacidad de controlar los actos administrativos lo convertiría indebidamente en un poder soberano. Esta posición asume que el poder soberano sólo radica en los órganos políticos que ejercen activamente la soberanía nacional. Si se ha de controlar a la Administración del Estado, pues tendrá que ser una sección de esa misma potestad quien realice ese control. No puede ser el legislativo, en aras del principio de separación de poderes, aun cuando se trate también de otro poder soberano; y no lo podría hacer tampoco el poder judicial, por cuanto no es poder soberano y, de hacerlo, se rompería con la separación de poderes.

De un modo radical, la separación de poderes supone la no interferencia entre los distintos poderes. El poder judicial no podría interferir en el actuar del Parlamento ni en la del Gobierno ni Administración del Estado.

No hay que olvidar que en el Antiguo Régimen francés, los tribunales, los *parlements*, se comportaban en la práctica como superiores jerárquicos de la Administración. Y los *parlements*, integrados generalmente por el estamento noble, hacían oposición tanto al rey como a la nueva burguesía revolucionaria. De este modo, es razonable pensar que los constituyentes de las primeras constituciones francesas (1791 y año III), con la incontrolabilidad de los actos de la administración por parte de los tribunales de justicia, quisieron evitar la sumisión de la Administración a ellos. Dicho de otro modo, el nuevo orden burgués de la libertad, igualdad y fraternidad, no quería ser controlado por el viejo orden de la casta noble.

¹ Sin perjuicio de que haya habido algunos intentos de someter a la Administración del Estado al control y vigilancia de unos tribunales especiales con competencia administrativa. Se trató del proyecto Thuret del año 1789.

El lema que se construye bajo este postulado de la separación de poderes es el famoso *juger l' administration c'est encore administrer*.

b) El positivismo formalista y el silogismo judicial como justificación al rechazo del control jurisdiccional de los actos de la administración del Estado

Se ha intentado explicar la imposibilidad de los tribunales de justicia de controlar los actos de la Administración del Estado en la ideología que está en los códigos postrevolucionarios; el positivismo formalista. Como los tribunales de justicia, en la concepción de Montesquieu, son concebidos como un *no poder*; un poder invisible y nulo, según la conocida frase del pensador galo, sus decisiones no determinan qué es Derecho, sino que éste le viene dado previamente con la decisión política contenida en la ley. El modo de operar del juez es mediante la construcción de silogismos judiciales. Para que pueda operar el silogismo judicial se requiere que el supuesto fáctico normativo esté completamente descrito en la ley.

Sin embargo, destaca Michel Troper (2005) que tratándose de actos de la Administración del Estado, sólo algunas de las conductas constituían un verdadero supuesto fáctico normativo. Esto sucedía en Francia cuando las conductas administrativas estaban definidas como violación de una ley penal y cuando la competencia del administrador era conectada a una ley imperativa. Solo en esos casos los tribunales estaban en condiciones de decidir. Al contrario, por ejemplo, el contencioso relativo a los tributos no podía ser atribuido a los tribunales, porque los impuestos directos eran de repartición. La repartición de los impuestos entre los distintos departamentos era efectuada por el cuerpo legislativo, es decir, pertenecía a los administradores del departamento. En todo ello se procedía con cierta discrecionalidad.

De este modo, en este tipo de contencioso, los jueces ordinarios no estaban en condiciones de enjuiciar porque no podían practicar un verdadero silogismo. De una parte, las administraciones inferiores no sólo aplicaban las leyes, sino también las órdenes de las autoridades superiores; de otra, no existía una ley que definiese la ilegalidad en el ejercicio de un poder discrecional y que determinase las sanciones por tal ilegalidad.

Si la Asamblea Constituyente hubiese redactado un Código Administrativo completo, habría podido confiar a los jueces la resolución del contencioso administrativo. Ante la ausencia de este Código, atribuir a los jueces el poder de conocer estas controversias habría estado en contradicción con

la concepción de la sentencia-silogismo y, en definitiva, con la concepción pasiva y apolítica de la justicia.

Carl Schmitt (1992) secunda esta justificación. Sostiene al respecto que el ideal pleno del Estado burgués de Derecho culmina en una conformación judicial general de toda la vida del Estado. Para toda clase de diferencias y litigios, sea entre particulares o entre autoridades estatales entre sí o con los particulares, debía haber un juez y un procedimiento judicial capaz de resolverlas. Sin embargo, agrega, se olvida que este ideal supone siempre que deben existir leyes generales en vigor, pues el juez es independiente sólo bajo condición de que haya una norma de la que dependa. Allí donde esa norma falte, puede hablarse, a lo sumo, de un procedimiento de mediación, cuyo resultado práctico depende de la autoridad del mediador. Y si la importancia de la propuesta de mediación depende del poder del mediador, entonces no hay mediación auténtica, sino una decisión política más o menos ecuaníme. A diferencia del Derecho privado, el Derecho público encuentra dificultades para su judicialización.

Como se sabe, esta postura de Schmitt fue fuertemente contestada por Kelsen (2002). Sostenía éste que la división entre Administración y Jurisdicción que ve libertad (o discrecionalidad) en la primera y sometimiento a la ley en la segunda, es lógicamente insostenible y esconde un postulado político que contradice el derecho positivo. En la discrecionalidad no están las diferencias, al menos sustanciales, entre actividad administrativa y actividad jurisdiccional. En ambas actividades se da este fenómeno. A lo más puede haber en esto una diferencia cuantitativa, mas no cualitativa, postulaba Kelsen.

2 Independencia interna

Los postulados de Montesquieu y la posterior doctrina liberal configuraron al judicial como un poder difuso. Esto quiere decir que el poder jurisdiccional recae en todo tribunal de justicia y no se concentra en un solo (Corte Suprema) o en alguna estructura de tipo administrativa.

Para Montesquieu, debido a que el judicial no era un poder político o derechamente no constituía poder, el judicial debía configurarse de una manera atomizada y difusa, además de no permanente, sin que se constituyera una organización o agencia estatal que lo configurara y representara. Solo así se podía asegurar que el judicial se constituyera como una potestad que no podría afectar a los poderes políticos, el orden estamental o la voluntad

democrática, según miremos a Montesquieu como un guardián del orden medieval o un liberal ilustrado.

Hay que tener presente que la concepción difusa del poder judicial no ha sido una constante histórica. Los primeros pasos de la Jurisdicción como función estatal se observa en el Estado absoluto medieval. Jurisdicción y Estado son casi lo mismo y desde luego, todo ello reunido en última instancia en la persona del rey.

En la edad media europea, se construye al poder judicial como una organización burocrática jerarquizada, lo contrario de un poder difuso. A juicio de Damaska (1991), el comienzo de esta burocracia jerárquica se la puede ubicar en el movimiento hacia la unidad dentro de la Iglesia Católica. Desde el siglo once se construye el Estado y la Jurisdicción bajo el principio de unidad. El poder del Papa y las catedrales góticas son expresión de este poder central, unitario y jerárquico.

¿Qué hacían los jueces europeos en este período? Básicamente aplicar a hechos normas de decisión preexistentes. Éstas se encontraban en textos diseminados de derecho canónico, como decretos conciliares o pronunciamientos papales. En algún grado también en la recopilación del siglo sexto de derecho romano por Justiniano. Los jueces actúan dentro de un esquema de legalismo lógico, es decir, los jueces deben buscar el orden racional, pese a la discrepancia e incoherencia que a veces existía en los textos jurídicos. Para ello debían buscar la solución correcta y había que apoyarse en el análisis textual y en la penetración lógica de su significado. El derecho se va construyendo, poco a poco, como un sistema cerrado autosuficiente; como una ciencia.

Pasos cruciales en la construcción de esta Jurisdicción burocratizada y jerárquica y el modo cómo se percibe al derecho y la función judicial son el surgimiento de las universidades italianas en el siglo once y, posteriormente, en el siglo trece en Francia, donde los reyes iniciaron la construcción de un cuerpo estratificado de funcionarios dedicados a afirmar y extender el poder real. Este aparato administrativo se hizo luego muy popular como modelo para los príncipes de otros reinos continentales. Todo esto termina por afianzarse en los siglos dieciséis y diecisiete con el Estado absoluto. En este período, es poco o nada lo que se puede hablar de independencia judicial.

A ello es lo que se opuso Montesquieu con su propuesta de división de poderes. Montesquieu es un enemigo de la concentración del poder. Respecto del judicial postula un poder difuso antes que una burocracia centralizada

y organizada jerárquicamente. La concepción difusa del poder judicial de Montesquieu apunta a evitar que se conforme una corporación con intereses propios a tutelar. Se intenta así evitar que los jueces puedan alejarse de la voluntad expresada por el legislador, o bien, según la interpretación que se haga de Montesquieu, que los jueces puedan alterar el orden natural de la sociedad estamental existente en sus tiempos.

Pero la concepción de Montesquieu sobre el poder jurisdiccional no es asumida por todos los revolucionarios franceses ni desde luego después de ellos. Con Napoleón en el poder, los jueces son organizados como una estructura jerárquica controlada en última instancia por el Ejecutivo a través del ministro de Justicia. Así como los militares y los funcionarios públicos de la Administración de Estado, los jueces son organizados en una estructura organizada bajo un rígido sistema de mando vertical. Esta situación es, más o menos, similar en todos los estados europeos continentales.

Solo después de la Segunda Guerra Mundial se inicia un proceso en Europa de potenciamiento de la independencia externa e interna de los jueces. Se produjo así, según refiere Perfecto Andrés (1999), una revalorización de la independencia del juez como principio constitucional, acompañada o no, según los distintos países, de un debilitamiento de los mecanismos jerárquicos de cohesión interna. Esto ha hecho a los jueces europeos más libres dentro de su propio marco orgánico.

Pese a este cambio radical de las estructuras judiciales europeas dentro del siglo XX, así como correlativamente un debilitamiento del legalismo lógico, Damaska (1991) asegura que el aparato judicial continental ha mantenido un pronunciado sabor burocrático y jerárquico, especialmente cuando es observado desde la perspectiva del *common law*.

La opinión de Damaska parece ser cierta, pero requiere de ciertas matizaciones. Es cierto que los jueces continentales sigan estando organizados como una burocracia: se trata de un cuerpo profesional de funcionarios que toma decisiones de acuerdo con normas técnicas. Pero el aspecto jerárquico se ha debilitado mucho, si es que no ha desaparecido en algunos estados. Italia es expresión del cambio de organización judicial que se desarrolla en la segunda mitad del siglo XX en Europa y que refuta la opinión general de Damaska. En muchos estados de tradición de derecho continental, persisten hoy en día jerarquías judiciales de tipo funcional pero no de tipo orgánico.

El caso de Italia es considerado la mejor expresión de lucha por la independencia externa e interna de los jueces. Se lo cita aquí porque es el paradigma de como un poder judicial de tipo burocrático y jerárquico ha transitado hacia un modelo más profesional y menos jerárquico

En este país confluyen diversas miradas sobre la necesidad de reformar la judicatura. Desde una admiración por el modelo profesional inglés de judicatura, como lo expresara Calamandrei (1954) hasta una revuelta de jueces jóvenes contra la Corte de Casación, ya sea que se mire esa revuelta desde un prisma liberal antifascista o bien como una expresión de planteamientos marxistas dentro de un sector de la judicatura italiana. Esos jóvenes jueces italianos y sus aliados políticos en el Parlamento, se oponían al primado de la Corte de Casación, órgano impregnado, a juicio de ellos, de fascismo o, al menos, de conservadurismo.

La judicatura como poder difuso supone atribuirle el poder jurisdiccional a cada juez o tribunal que conoce de un caso, sin que reciba presiones de ningún tipo de parte de los tribunales superiores o de aquellos que conocen de los recursos procesales, así como tampoco de la instancia que administre al conjunto de los tribunales de justicia.

IV Imparcialidad: Imparcialidad subjetiva e imparcialidad objetiva

1 Imparcialidad subjetiva

La imparcialidad considerada subjetivamente dice relación con el posicionamiento personal de los jueces en los términos de las partes de una causa judicial. Se habla de una consideración del Fuero interior de los jueces, que debe considerarse imparcial mientras no se demuestre lo contrario. Se ha dicho que la imparcialidad subjetiva, cual derecho fundamental de los justiciables, comporta una garantía que permite que un juez sea apartado de un caso concreto cuando existan sospechas objetivamente justificadas. Es decir, debe tratarse de conductas exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que permitan afirmar que el juez no es ajeno a la causa o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. El criterio subjetivo ha sido declarado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) en sentencias como la de 26 de

octubre de 1984, en la causa De Cubber contra Bélgica, y luego en otras como Fey de 24 de febrero de 1993; Remli, de 23 de abril de 1996, y Gregory, de 25 de febrero de 1997.

Corresponderá demostrarla a la parte que se lamenta de la parcialidad del magistrado, probando en concreto que la disposición anímica o psicológica del juez y su conducta exteriorizada son síntomas de falta de imparcialidad.

La jurisprudencia del TEDH ha influido, asimismo, a algunas cortes constitucionales europeas. Así, el Tribunal Constitucional español, por sentencia 162 de 1999, recogiendo esta línea divisoria abierta por el TEDH, ha expresado que la perspectiva subjetiva de la imparcialidad trata de apreciar la convicción personal del juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquél que internamente haya tomado partido previamente o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos.

2 Imparcialidad objetiva

Por otra parte, la imparcialidad considerada objetivamente toma en consideración la relevancia de aquellas condiciones exteriores que pueden comprometer o perjudicar la administración imparcial de la justicia. En esta perspectiva importa mucho la apariencia de imparcialidad de los jueces. La imparcialidad objetiva apunta también a la necesaria confianza que los órganos judiciales deben dar a los ciudadanos y, sobre todo, a los acusados por delito. Sentencias relevantes en esta materia del TEDH son las de fecha 24 de mayo de 1989, Hauschildt con Dinamarca, y la de fecha 25 de junio de 1992, Thorgeir Thorgeirsen con Islandia.

Con la imparcialidad objetiva no se trata ya que el juez haya exteriorizado convicción personal alguna ni haya tomado partido previo, sino que estamos frente a un juez que no ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto. Por eso, en esta perspectiva, importan sobremanera las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan al juez en el proceso, puede ser visto como un tercero ajeno a los intereses que en él se ventilan.

Cuando se separa a un juez de la causa porque se ha tomado en consideración la ausencia de imparcialidad objetiva, no debe entenderse como una constatación de su parcialidad, sino como una medida adoptada con un

carácter de prevención, para así eliminar recelos y sospechas, evitando una eventual posterior acusación de parcialidad.

3 Regulación de las distintas hipótesis de parcialidad

De conformidad con todo lo dicho, corresponde examinar con más detalle qué tipo de situaciones podrían comportar falta de imparcialidad de los jueces, ya sea una exteriorización de la psiquis, ideología o intereses del juez, o una regulación de la función del juez que no permite presuponer imparcialidad. En todo ello importará determinar si se entiende que las situaciones que comportan falta de imparcialidad de los jueces o no, las determinará en exclusiva el legislador o si los jueces (generalmente superiores) podrán ir más allá de lo que haya dispuesto la ley, haciendo una aplicación directa de la Constitución. Esto quiere decir, aplicado al derecho chileno, que los jueces podrán ser apartados de una causa sólo por aplicación de las causales de implicancia o recusación que prevé el Código Orgánico de Tribunales o bien los jueces que conocen de la inhabilitación de los mismos podrán considerar otras causas diferentes. Luego habrá de determinarse si solo se considerará la falta de imparcialidad en una faceta estrictamente subjetiva, o bien, también se considerarán cuestiones relacionadas con las regulaciones orgánicas y funcionales de los jueces que permitan hablar de prejuicios por parte del juzgador, como sucede con todos aquellos casos en que el juzgador ya se ha pronunciado sobre el mismo asunto. A continuación desarrollaré esta discusión.

Algunos ordenamientos jurídicos contemplan causales de inhabilitación de los jueces por configurarse algunas situaciones que hacen presumir falta de imparcialidad pero no por existir entre el juez y las partes alguna conexión o interés, o bien entre el juez y el objeto litigioso, sino por desarrollar funciones que pueden significar conocer más de una vez el asunto por parte de ese juez.

El TEDH se ha pronunciado en varias oportunidades sobre estas situaciones que denominaré genéricamente *incompatibilidad*. El derecho italiano las reconoce abiertamente y nuestro Código Orgánico de Tribunales también reconoce algunas hipótesis de incompatibilidad. En efecto, el artículo 195 del COT en su apartado final establece que respecto de los jueces con competencia criminal, son causas de implicancia, además, las siguientes: 1° Haber intervenido con anterioridad en el procedimiento como fiscal o defensor; 2° Haber formulado acusación como fiscal, o haber asumido la defensa, en otro procedimiento seguido contra el mismo imputado, y 3°

Haber actuado el miembro del tribunal de juicio oral en lo penal como juez de garantía en el mismo procedimiento.

En doctrina se ha entendido que las situaciones de incompatibilidad complementan la garantía de contar con un juez independiente e imparcial, como ocurre en aquellos casos en que se acumulan en la persona del magistrado funciones, actividades u oficios objetivamente inconciliables con el ejercicio de la función jurisdiccional. También está la situación del juez que haya cumplido en el mismo procedimiento actos previos de ejercicio de la función, los que deben considerarse inconciliables con el deber de conocer después el asunto con plena serenidad y en condiciones de absoluta carencia de prejuicios personales. Debe tratarse en este último caso de diversas fases del procedimiento, de modo tal que no incurra en alguna incompatibilidad aquel juez que en el contexto de la misma fase procesal haya debido expresar valoraciones preliminares, aunque sean de mérito, destinadas a desembocar en la decisión conclusiva.

La Corte Constitucional italiana (sentencia rol 155 de 1996) ha señalado que la imparcialidad reclama que la función de juzgar sea asignada a un sujeto tercero no solo en el sentido de carecer de intereses propios, sino también desprovisto de convicciones preconstituidas sobre la materia a decidir; las que pueden haberse formado en las diversas fases del juicio con ocasión de funciones decisorias que él ha debido desarrollar precedentemente. La función jurisdiccional, agrega esta Corte, se caracteriza por su objetividad, lo que exige la máxima despersonalización del ente juzgador. Se trata que el juzgador pueda fallar el asunto solo atendiendo a una racional apreciación de las pruebas aportadas al proceso, sin que se vea influenciado por valoraciones sobre el mérito precedentemente expresadas (sentencia Corte Constitucional italiana n° 177 de 1996).

Como se ha indicado precedentemente, para configurarse la incompatibilidad debe tratarse de valoraciones efectuadas por el juez o tribunal en distintas fases del procedimiento. Es decir, no habría incompatibilidad si en la fase de decisión definitiva un juez que pertenece a un colegio juzgador da una primera opinión en el procedimiento de formación de la convicción definitiva. Descartada este tipo de situaciones, las hipótesis más comunes donde puede darse este caso de incompatibilidad ocurre con aquel juez que investiga y luego falla el asunto o el caso del juez que decreta una medida cautelar y luego falla el asunto. Los artículos 34 y 35 CPP italiano expresamente prevén esta situación.

¿Por qué se considera que la incompatibilidad puede producir parcialidad de juicio? El juez que ha prejuzgado se puede ver compelido luego en la fase decisoria a mantener su posición. Es lo que en el derecho italiano se denomina *fuerza de la prevención*. En este sentido, quizá de un modo bastante amplio, puede sostenerse que este juez ha fallado tutelando su propio interés antes que lo que exigiría en ese caso la ley, por lo que podría ser considerado parcial. ¿Por qué se dice que el juez hace primar su propio interés? Porque existiría una natural tendencia de toda persona a no cambiar sus propias ideas o, dicho positivamente, a mantener sus juicios, o bien a no reconocer sus culpas. Un juez debe juzgar a las partes y no a sí mismo (*nemo iudex in causa propria*) y un juicio sobre sí mismo se daría cada vez que un juez es llamado a juzgar nuevamente un hecho que ya ha valorado precedentemente.

Un juez que durante el procedimiento ha valorado la existencia de una apariencia de derecho (*fumus boni iuris*), decretando una medida cautelar, podría verse condicionado ya por mecanismos psicológicos (no mostrarse contradictorio) o sociales (evitar la crítica pública) o, en último extremo, jurídicos (exponerse eventualmente a sanciones) para mantener esa valoración al momento en que debe fallar el asunto en su mérito, aunque de las alegaciones de las partes y las pruebas introducidas al proceso se forme otra convicción. En este caso, el juez más que aplicar la ley al caso concreto, mantendría su opinión formada previamente y, en tal sentido, juzga según su propio interés. Ese juez carecería de la debida imparcialidad.

Se puede rechazar una falta de imparcialidad en este caso entre el juez que decreta una medida cautelar y luego falla debido a la diferencia esencial entre ambas valoraciones, ya que se trata de juicios completamente diferentes. No existe la misma *res iudicanda*, toda vez que la medida cautelar se decreta con base a un juicio de probabilidad sobre la existencia del derecho, es decir, el juez falla articulando un contradictorio muy reducido de carácter sumario y provisorio, y la sentencia definitiva tendrá en consideración un contradictorio pleno con alegaciones y pruebas para determinar la existencia efectiva del derecho.

Ahora bien, sin perjuicio de que es evidente que se trata de formas de conocer muy diferentes y, por lo tanto, no se puede decir que exista una misma *res iudicanda*, lo cierto es que igualmente puede producirse la denominada fuerza de la prevención.

El TEDH en general ha rechazado las alegaciones formuladas por ciudadanos europeos respecto de la situación que se da cuando es el mismo juez el que

decreta una medida cautelar y luego falla sobre el mérito. No ha considerado el tribunal de Estrasburgo que se afecte la imparcialidad de estos jueces. Así lo falló en la causa Hauschildt contra Dinamarca, de fecha 24 de mayo de 1989.

En general, los legisladores y cortes han considerado que esta incompatibilidad entre el juez que dicta una medida cautelar y luego falla sobre el mérito de la causa sólo es exigible en sede penal y no en el resto de los órdenes jurisdiccionales. Hay valoraciones sobre lo específico del juicio cautelar en sede penal (medidas cautelares personales) que lo diferencia de los otros órdenes jurisdiccionales.

Por otra parte, es claro que cuestiones de orden práctico también han aconsejado no declarar ilegítimo que un mismo juez civil que decreta una medida cautelar luego falle el fondo del asunto. Separar el juicio cautelar del juicio de fondo podría significar retardar aún más la respuesta jurisdiccional al tener que formar de otro modo al órgano juzgador, con clara violación de la garantía fundamental como lo es el derecho a una respuesta judicial dentro de un plazo razonable.

Separar la decisión cautelar de la de mérito comportaría introducir una complejidad procesal que, a veces, resultaría atentatoria con la necesidad de respuestas judiciales oportunas y eficientes, y desde luego un peso extraordinario para el erario público. El peligro de la fuerza de la prevención como posible daño para la imparcialidad judicial ha cedido en muchas oportunidades a favor de otros principios y derechos procesales.

Todo lo anterior es indicativo del pluralismo axiológico que circunda al proceso judicial, pues en él no hay uno o pocos valores que tutelar sino varios. Existe un plexo valorativo en torno al proceso judicial.

a) ¿Quién define la falta de imparcialidad en un Estado Constitucional de Derecho?

Se discute en algunos ordenamientos si las causas o los mecanismos para apartar a un juez de una causa por considerarse que no es imparcial, son las que reconoce el legislador a través de los mecanismos de abstención o implicancias y la recusación, o bien podemos ir más allá de lo que haya dispuesto expresamente el legislador. Si se sostiene que estas causales solo son las dispuestas por el legislador, mantenemos el asunto en un plano de pura legalidad y no de constitucionalidad. Sin embargo, en países como España se ha sostenido que aun cuando se opte por una tesis tasada por el legislador de estas causales, es decir, la falta de imparcialidad es la que

disponga expresamente el legislador, el Tribunal Constitucional igualmente podría controlarlas.

Se critica seriamente la concepción de las causas legales de la imparcialidad, sin control de constitucionalidad, pues equivaldría a sostener que lo que sea el contenido concreto del derecho fundamental al juez imparcial lo determina a su antojo el legislador. Y esto se ve especialmente agravado en países como España y Chile, pues en ellos las impugnaciones y recusaciones son situaciones que se han conformado legislativamente durante el siglo XIX, no poniéndose atención en que el contexto presente, en el que se desenvuelve la función judicial, ha cambiado sustancialmente.

Si miramos la situación de nuestro derecho patrio, surgen dudas respecto a que si los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales contemplan, dentro de las causales de impugnación y recusación, situaciones que son de mayor ocurrencia en la sociedad contemporánea caracterizada por un mayor pluralismo ético, ideológico y político. ¿Qué sucedería si las partes consideran causa de parcialidad el hecho de que un juez forme parte de una determinada organización religiosa?, ¿qué pasaría si el juez ha manifestado en la causa comentarios sexistas o racistas?, ¿qué pasa si el juez ha manifestado de cualquier modo una cierta inclinación política?

El único precepto de nuestro Código Orgánico de Tribunales, que podría dar relativa cabida a situaciones como las acá planteadas, es el artículo 196 n° 15, el cual establece como causa de recusación: "Tener el juez con alguna de las partes enemistad, odio o resentimiento que haga presumir que no se halla revestido de la debida imparcialidad". Es evidente que no hay referencias expresas a cuestiones como las acá planteadas. ¿Qué hacer en estos casos? Las alternativas son dos: o se hace una interpretación extensiva del numeral 15, asumiendo de esta manera la causal una función de "cajón de sastre", donde entrarían las cuestiones de parcialidad como las expuestas acá, o bien debe entenderse que los jueces están facultados para considerar otras causales de parcialidad fuera de los casos previstos por la ley.

Es probable que esta última propuesta no pueda ser invocada cuando se plantee un incidente referido a impugnaciones o recusaciones. El artículo 113 del Código de Procedimiento Civil es bastante claro a este respecto: "Sólo podrá inhabilitarse a los jueces y a los auxiliares de la Administración de Justicia para que intervengan en un negocio determinado, en los casos y por las causas de impugnación o recusación que señala el Código Orgánico de Tribunales". Y esa parece ser la regla en todo tipo de procedimientos.

Sin embargo, la situación es distinta en los casos en los que se pide la nulidad de un juicio y la sentencia por afectar el debido proceso, como ocurre hoy en día en materia procesal penal y laboral. Si tomamos la experiencia procesal penal, la Corte Suprema podría declarar nulos un juicio y la sentencia penal por considerar que el juez de garantía, o el tribunal de juicio oral en lo penal, han tenido conductas que no se avienen con el derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial que la Constitución y los tratados internacionales reconocen al condenado por delito. Esa declaración de nulidad, por aplicación del artículo 373 a) CPP, no tiene por qué estar sujeta a las causas de impugnación y recusación que haya dispuesto el Código Orgánico de Tribunales en sus artículos 195 y 196. La Corte Suprema estaría sujeta a la Constitución y a los Tratados Internacionales en esta materia, pues así lo ha querido el legislador procesal penal. Podría así estimar la Corte Suprema que el juez de garantía, o el tribunal de juicio oral en lo penal, han tenido, por ejemplo, actitudes sexistas o racistas contra el condenado, situación que afectaría a su imparcialidad para fallar el asunto, aunque tales causales no están expresamente previstas en la ley orgánica de tribunales.

El problema radicaría entonces en las causales legales para pedir durante un procedimiento judicial en curso la inhabilitación de un juez; las que al día de hoy solo son las de los artículos 195 y 196 COT. Desde un punto de vista de *lege ferenda*, se hace recomendable que el legislador amplíe las causales de inhabilitación de los jueces, contempladas en los artículos 195 y 196 del COT, lo que podría significar adoptar dos caminos diversos. Una primera posibilidad pasa por reconocer expresas causales como las referidas a los tópicos precedentemente señalados (prejuicios religiosos, raciales, sexistas, etc.). Otra posibilidad es la introducción de causales más elásticas al estilo de la remisión del proceso por legítima sospecha del artículo 45 CPP italiano. Esta causal afecta al órgano judicial en su conjunto y no al juez individualmente considerado, lo que en la jurisprudencia de la casación italiana se ha interpretado restrictivamente, configurable solo cuando se está en presencia de una grave y objetiva situación local, entendida como fenómeno externo a la dialéctica procesal, capaz de constituir un peligro concreto para la imparcialidad del juez.

Otro camino es la recusación por motivo serio y grave capaz de generar desconfianza sobre la imparcialidad del juez que regula el artículo 43.1 del Código de Proceso Penal portugués. Parece ser ésta una alternativa que combina adecuadamente tipicidad de la figura pero acompañada de flexibilidad para adaptarse a los cambios culturales y para entregar siempre

a los justiciables la posibilidad de apartar a un juzgador del que se sospeche parcialidad.

CAPÍTULO SEGUNDO

PODER JUDICIAL Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Para un sector de la doctrina, la idea de que la Administración francesa haya quedado sin control jurisdiccional en la era postrevolucionaria no es tan clara. Es que cuando la Administración resuelve una contienda entre un particular y una sección de esa misma Administración, lo que está en ejercicio es la función jurisdiccional. Lo que ocurriría es que la Administración, en ciertos casos, asumiría un rol diverso, cual órgano jurisdiccional. Se podría entender, de este modo, que en esta situación sí hay control jurisdiccional de la Administración, al asumir esta misma la función jurisdiccional.

Juzgar, decía León Duguit (2005), es hacer constar la existencia de una regla de derecho o de una situación de derecho. El Estado, de este modo, se ve obligado a intervenir en tal sentido cuando la regla de derecho ha sido violada o cuando la situación jurídica es negada o desconocida en su existencia o extensión. Cuando corresponda, dispondrá dicho Estado las medidas necesarias para asegurar el respeto debido a su decisión. En esto consiste la función jurisdiccional para este autor francés.

No cabe duda, agrega Duguit (2005), que la autoridad judicial ejerce sobre todo y fundamentalmente la función jurisdiccional, pero ni es ella sola la que la ejerce, ni ejerce toda la función jurisdiccional. En Francia, agrega, y en muchos otros países, la autoridad administrativa ejecuta muchos actos jurisdiccionales. Y para entender qué es la función jurisdiccional, debe situarse para ello en el punto de vista material de la función, esto es, haciendo total abstracción del carácter de los organismos, de los agentes, de las autoridades que ejercen esta función.

Duguit (2005) pone por ejemplo el caso del Senado en Francia, donde se transforma en ocasiones en Alta Corte de Justicia. En este caso, deja ser una asamblea política para convertirse en una Jurisdicción. Lo mismo sucedería cuando un ministro decide con fuerza ejecutoria un determinado asunto. Ese funcionario del gobierno ejercería en este caso Jurisdicción, diría esta posición doctrinal.

Esta concepción de la función jurisdiccional que nos da el autor francés es coherente con la que expone un sector de la doctrina procesalista italiana de comienzos del siglo XX. Así, Chiovenda (1977) señalaba que la Jurisdicción no puede definirse por el órgano ni por las garantías exteriores. La Jurisdicción

se define por la función desarrollada. De este modo, a su juicio, en Italia, las competencias contenciosas del ministro en materia de quintas y de aduanas eran funciones jurisdiccionales.

Poco importa la forma exterior del agente y del procedimiento por el cual se decide. No es relevante, para esta tesis, si el agente juzgador es o no independiente del poder político y si se decide previo contradictorio entre partes. Lo único relevante es la capacidad para resolver una Litis.

Sin embargo, otro sector de la doctrina francesa señala que, en estos casos, como los del ministro que decide un asunto, no se está frente a una actividad jurisdiccional, sino administrativa. A este respecto, Laferrière (1887) señala que las atribuciones que tienen los ministros para resolver reclamos que presentan los particulares frente a decisiones adoptadas por un funcionario del propio ministerio, deben ser consideradas como un recurso administrativo jerárquico y, en virtud de él, el ministro puede conocer cuestiones de hecho, de oportunidad, de equidad y contenciosas. Se trata de decisiones ministeriales en materia contenciosa, las que son inherentes a su derecho de decisión administrativa. Señala, además, que, a su juicio es imposible administrar los asuntos del Estado sin conocer permanentemente de cuestiones de derecho y justicia, que son esencialmente contenciosas.

El Consejo de Estado, en un primer momento, implícitamente atribuyó a estas funciones del ministro una naturaleza jurisdiccional, en una posición cercana a la de Duguit. Sin embargo, alguna doctrina cuestionó esta tesis, denominándola *doctrina del ministro-juez*, señalando que esas atribuciones si bien son análogas a las jurisdiccionales por cuanto la decisión tiene fuerza ejecutoria, en definitiva son diferentes. Las diferencias principales entre el juez y el ministro, plantea Laferrière (1887), son que el juez no puede conocer de oficio y el ministro sí; el carácter de tercero imparcial del juez y de parte interesada del ministro y que el juez no puede volver sobre sus decisiones, pero el ministro sí.

¿Qué función desarrolla el ministro (la Administración en términos generales) en estos casos?, ¿es una función jurisdiccional o estamos frente a una función administrativa aunque se decida contenciosamente la aplicación de una regla jurídica en un caso concreto?

Quizás todo esto puede tratarse de una mera cuestión lingüística. Si seguimos a Duguit, probablemente se pueda convenir en que la Administración puede dar una decisión jurisdiccional, la que posteriormente podrá ser revisada por otra decisión jurisdiccional de la autoridad judicial. Aquí lo único que

importaría, a efectos de dar la debida tutela a los ciudadanos, es que esa decisión jurisdiccional de la Administración, si vulnera el ordenamiento jurídico o los derechos e intereses de esos ciudadanos, pueda ser controlada por la decisión jurisdiccional de los tribunales de justicia. Ese control judicial debe ser pleno, es decir, debe permitir conocer desde su inicio todos los hechos esgrimidos por las partes, aceptando todos los medios de prueba legales ofrecidos por éstas y dando lugar, posteriormente, a la interposición de todos los recursos procesales ante otros tribunales que disponga el orden jurídico respectivo.

Sin embargo, para algunos autores y legislaciones esta decisión que da la autoridad administrativa no es una decisión jurisdiccional sino una vía administrativa previa a la vía jurisdiccional. Se trata de los recursos jerárquicos que existen normalmente al interior de la Administración.

Ahora bien, la tesis de que la decisión de la Administración en estas materias es una decisión administrativa previa a la actividad jurisdiccional es la que se ha terminado de imponer en la mayoría de los países.

Podemos concordar entonces en que si el control que realiza la Administración a sí misma, sea que se considere actividad jurisdiccional o bien un recurso jerárquico administrativo, permite posteriormente un total y exhaustivo control por parte de tribunales independientes, la verdad es que la discusión termina siendo más bien terminológica que sustancial. Por el contrario, si la actividad de control que realiza la Administración de sí misma es considerada un sustituto de la actividad que deben realizar tribunales de justicia independientes o bien, una primera instancia de esa actividad judicial, pues ahí se rompe con un Estado de Derecho que consagra la separación de poderes y la independencia judicial como garantía de los derechos de las personas.

Sin embargo, el considerar bajo cualquiera de los supuestos antes esbozados que la Administración ejerce parte de la función denominada jurisdiccional, ello en definitiva trae consecuencias negativas para la legitimidad de las decisiones estatales y para la libertad de los ciudadanos. En este sentido, se hace más aconsejable entender que la función jurisdiccional sólo puede ser desarrollada por un poder estatal: los tribunales de justicia.

En realidad, el ideal de un Estado de Derecho que reconoce la independencia judicial no tolera que el poder judicial comparta el ejercicio de la Jurisdicción con otros poderes. La independencia judicial debe conducir inevitablemente a la exigencia de que los tribunales de justicia detengan el monopolio de la

administración de justicia. Esto no supone tan solo la ilegalidad de todos los tribunales excepcionales, siempre y cuando en la Constitución no estén expresamente previstos como tribunales especiales (caso de los tribunales constitucionales, por ejemplo), sino que debería excluir también todas las funciones judiciales por parte del Gobierno y del Parlamento.

Tenemos, de este modo, que los tribunales de justicia deben ser independientes de los poderes políticos, tanto del Gobierno como del Parlamento. Sólo así se permite el respeto de la ley para la sobrevivencia de los derechos de los ciudadanos.

En definitiva, a efectos de consolidar un Estado de Derecho eficiente, se hace aconsejable excluir de los poderes políticos la función jurisdiccional. Ni siquiera aun cuando se trate de una mera cuestión terminológica se hace aconsejable entender que dichos poderes políticos ejercen la función jurisdiccional. Podrán tener facultades juzgadoras o resolutorias, pero la función jurisdiccional sólo la deben ejercer tribunales de justicia independientes de los poderes políticos.

Con lo dicho hasta acá, queda en evidencia que en un Estado de Derecho una de las funciones que cumplen los tribunales de justicia es la de controlar la juridicidad de la actuación de los otros poderes del Estado. Los jueces no se limitan a resolver controversias jurídicas de carácter temporal entre particulares. Hacen eso evidentemente; pero hacen bastante más que eso.

La doctrina es clara a este respecto. Con un carácter general e histórico, hay que entender que el significado político de la independencia judicial era la limitación del poder absoluto del príncipe. Uno de los fines de la independencia de los jueces es permitir que la actividad jurisdiccional funcione como control sobre la actividad de los otros poderes, garantizando así la legalidad.

Para que un juez pueda controlar a los demás poderes, es evidente que no debe ser removible de su cargo por esos poderes. A través de esta inamovilidad se ve reforzada la función de control del juez. Y si el juez desarrolla una función de control, se hace evidente la incompatibilidad del cargo judicial con otros cargos cuya permanencia dependa del gobierno o la administración, o del parlamento, y que pueden generar una relación de dependencia o interés económico para el juez.

La función de control de los jueces ha cambiado su fisonomía y rol institucional. Es evidente que, en un Estado Democrático de Derecho,

el juez no puede asumir iniciativas políticas en el sentido de definir, ni siquiera con un carácter relativo, qué es lo exigible jurídicamente en una determinada situación. Esa definición le corresponde a los poderes políticos representativos. Sin embargo, aun conservando este rol en cierto modo pasivo, se hace evidente que los poderes del juez en la sociedad actual tienen una trascendencia política indudable y afectan a ámbitos especialmente delicados del sistema democrático: las decisiones judiciales se refieren al sistema electoral, mantienen el control penal de los políticos, vigilan la actuación de la Administración, etcétera. La importancia del control judicial se pone de manifiesto especialmente en el caso del control de la actuación de la Administración por parte de los jueces, lo que en definitiva no deja de ser más que una lucha contra las inmunidades del poder.

Algunos autores señalan que esta situación pone en evidencia la característica de un verdadero poder que tienen los jueces en las sociedades contemporáneas. Otros quizá van más allá de la definición de poder de los jueces para definirlos como órganos de garantía o de control.

La función de control puede extrapolarse a una función más general cual es la de racionalización del sistema constitucional. De este modo, la función jurisdiccional constituye una forma de racionalización del sistema constitucional tendente a asegurar el respeto del principio constitucional del Estado de Derecho. Tal racionalización representa la contribución que a la vida política y social del país da la cultura jurídica considerada en su conjunto.

Para materializar este rol de control jurídico bajo el principio de separación de poderes, sostiene, en Chile, Eduardo Aldunate (1995), la función jurisdiccional debe encontrarse dissociada tanto material como orgánicamente de las demás funciones y órganos a controlar: de la función de gobierno y administración, y de la función nomogenética.

La consecuencia de este rol de control jurídico que han asumido los jueces y que en realidad es lo que históricamente justificó su creación en régimen de independencia, es que no puede concebirse el ejercicio de la función jurisdiccional por órganos vinculados a los poderes estatales objeto del control. No puede de este modo entenderse que la Administración o el Parlamento ejerzan Jurisdicción en materias en las que aparezcan ellas interesadas. No puede, de este modo, la administración conocer de una contienda con un particular sobre materias de impuestos, aduanas, concesiones, etcétera.

Por todo ello, no es aceptable la tesis que sostenía Duguit y luego Chiovenda de definir a la función jurisdiccional sólo desde un punto de vista material, sin importar el sujeto o agente que la debe desarrollar. Con tal concepción cae toda la construcción y fundamento del Estado de Derecho; y si se tratase de una cuestión meramente terminológica, pues ella confunde al ciudadano y deslegitima la actuación del Estado. Por ello no debe ser seguida.

Debemos entender, por tanto, que la función jurisdiccional es una de las funciones que desarrolla el Estado encomendada en régimen de monopolio a tribunales de justicia independientes e imparciales. Esencial a esa independencia e imparcialidad será contar con jueces que no reciban instrucciones de otros poderes del Estado, que no puedan ser removidos por esos otros poderes y que fallen según lo que el Derecho prescribe. Sólo así se logra un juez imparcial, es decir, un juez que actúa con estricta fidelidad a la ley y nada más que a la ley.

En el juicio del juez no debe concurrir ninguna otra pasión que no sea la aplicación desapasionada de las normas formales y ningún otro interés que no sea la búsqueda desinteresada de rectitud legal. Sólo así tenemos un juez imparcial.

I La independencia judicial en la Constitución chilena de 1980

1 Recepción en el derecho chileno de la doctrina de la separación de poderes

La Constitución de 1980 (en adelante CPR), así como las constituciones chilenas del siglo XIX y XX, residencian en el poder judicial, que es solo una abreviación para referirse a los tribunales de justicia creados por ley, el ejercicio de la función jurisdiccional.

El Capítulo VI CPR Poder Judicial, en su artículo 76 señala 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 ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos. He aquí una clara consagración de la doctrina de la separación de poderes y de la independencia del poder judicial.

Sin embargo, la situación se viene a complicar desde el momento en que la parte dogmática de la Constitución (art. 19 n° 3 inc. 6° CPR) garantiza que:

“Toda sentencia de un órgano que ejerce debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Tenemos así que en la parte orgánica de nuestro texto constitucional se habla de poder judicial, tribunales de justicia y función judicial (art. 76 CPR). En la parte dogmática se habla de órgano que ejerce Jurisdicción y habrá de entenderse por tanto que se reconoce una función jurisdiccional (art. 19 n° 3 inc. 6° CPR). El texto constitucional chileno a la única función a la que se refiere expresamente es a la judicial.

Hay que decir que la mayoría de la doctrina nacional está conteste en que el ejercicio de la Jurisdicción no está reservado en la Constitución de 1980 en exclusiva a los tribunales de justicia que integran el poder judicial. Para ello recurren a la historia fidedigna del artículo 19 n° 3 inciso 6° CPR. En efecto, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), en su sesión n° 103, dejó establecido que órgano que ejerce Jurisdicción es todo órgano que resuelve una controversia en el orden temporal, sean tribunales ordinarios, administrativos, Contraloría General de la República, Impuestos Internos, tribunales arbitrales, etcétera. Además, en concordancia con lo anterior, un sector de la doctrina señala que el término sentencia que emplea la disposición no se refiere exclusivamente a la sentencia judicial, en el sentido técnico procesal, sino a toda “resolución” de cualquier autoridad que le corresponda conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado en relación a un asunto civil o criminal, es decir, que ejerza Jurisdicción.

Para esta doctrina, órgano que ejerce Jurisdicción y tribunal de justicia vienen a ser lo mismo. Y lo importante no es la consideración del órgano sino la función que desarrollan. Si los órganos, del tipo que sean, desarrollan la función jurisdiccional, es porque están siendo considerados como tribunales de justicia. Esta es la posición de Juan Colombo (2004), una de las más conocidas en nuestro medio y de decisiva influencia en nuestra doctrina y jurisprudencia. Sostiene este autor que la función es la que determina al órgano y no el órgano a la función. Los órganos por medio de los cuales la jurisdicción se pone en movimiento pertenecen a veces al orden administrativo y otras, las más, al Poder Judicial, sin que ello altere la función que les ha sido encomendada.

Colombo sigue en su planteamiento posiciones muy similares a las que analizamos con Duguit y Chiovenda. Para comprender mejor esta posición, hay que considerar que esta doctrina nacional entiende por Jurisdicción el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver por medio del proceso y con efectos de cosa juzgada los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promueven en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponde intervenir.

De conformidad con lo expresado anteriormente, se puede afirmar que para esta posición doctrinal cualquier órgano autorizado por la ley para resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica del orden temporal es un tribunal de justicia. Por tanto, pueden ejercer Jurisdicción los tribunales de justicia, los órganos legislativos o los que forman parte de la Administración del Estado, con tal que la ley los habilite para ello.

Sin embargo, si ello es así, surge inmediatamente la cuestión de cómo se puede conciliar esta tesis con la prohibición establecida por el artículo 76 CPR, dirigida al Presidente de la República y al Congreso Nacional para ejercer funciones jurisdiccionales. La respuesta que se ha dado, basada en la historia fidedigna de la norma, viene a decir que esa prohibición se establece taxativamente para esos órganos, es decir, específicamente para el Presidente de la República y para el Congreso Nacional, pero no para sus subordinados o ramas. Es decir, ni el Presidente de la República ni el Congreso Nacional pueden ejercer Jurisdicción, pero sí lo podrían hacer un ministro de Estado o un director o jefe de servicio o bien el Senado o la Cámara de Diputados.

En la Comisión de Estudio de una Nueva Constitución se había pensado redactar el actual artículo 76 CPR, indicando que ninguna autoridad puede, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos. La propuesta fue rechazada porque, como hizo ver el Presidente de la Comisión de Estudio, don Enrique Ortúzar Escobar, habría importado la derogación de todos los tribunales especiales que existían en ese momento, como era el caso del Director de Impuestos Internos, el Superintendente de Aduanas, la Junta de Aduanas, el Tribunal de Marcas, el Tribunal de Comercio y otros.

Esta posición es secundada por varios fallos del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema que, puede decirse, sustentan la posición dominante en ambos tribunales. Solo a modo de ejemplo, remito a los fallos del Tribunal Constitucional rol n° 176 / 1993 (caso Ministro de Transportes y

Telecomunicaciones) y rol n° 247/ 1996 (caso Junta General de Aduanas). De la Corte Suprema remito al fallo rol n° 2536 / 2003 (caso Director Regional del Servicio de Impuestos Internos), cuya doctrina fue reiterada en otros fallos posteriores.

En definitiva, aunque no lo digan de un modo expreso, esta doctrina y jurisprudencia sostienen que la única función que reconoce la Constitución de 1980 es la judicial o jurisdiccional y ésta la desarrollan los tribunales de justicia. Por lo tanto, cuando el Constituyente se refiere a los órganos que ejercen Jurisdicción (art. 19 n° 3 inc. 6° CPR) se está refiriendo a los tribunales de justicia establecidos por ley (art. 76 CPR), sean éstos ordinarios o especiales que forman parte del poder judicial o bien especiales situados fuera del poder judicial, como sería el caso, por ejemplo, del Director Regional del Servicio de Impuestos Internos, antes de la creación de los tribunales tributarios y aduaneros.

Otro sector de la doctrina nacional complementa esta concepción. Es el caso de José Luis Cea (2000) quien sostiene que en la Constitución de 1980 el constituyente distinguió entre dos tipos de órganos y dos tipos de funciones: los tribunales de justicia que ejercen la función judicial y los órganos que ejercen la función jurisdiccional. La función judicial es desempeñada por los jueces en un proceso racional y justo mediante la sentencia respectiva y con recurso a la coacción si fuese necesario. En cambio, la función jurisdiccional puede ser desarrollada por esos jueces, pero también por otros órganos estatales e incluso privados. Por lo tanto, la función jurisdiccional puede ser desarrollada dentro o fuera de un proceso o juicio. Lo importante es que esos tribunales u órganos declaren, pronuncien o definan en casos concretos cuál es el derecho aplicable a un asunto de su competencia, ya sea que lo hagan por medio de una sentencia, fallo, acuerdo, decreto, resolución o por otra vía. De este modo, queda claro que la función judicial envuelve siempre el ejercicio de la función jurisdiccional, pero esta última no siempre supone ejercicio de la función judicial.

De la tesis de Cea parece concluirse que un tribunal ordinario de justicia, como por ejemplo un juzgado de letras, ejerce una función judicial como una especie de la más general función jurisdiccional. La Dirección del Trabajo o una Superintendencia, como órganos administrativos, pueden ejercer una función jurisdiccional no judicial. Luego el desarrollo expositivo de Cea se hace más complejo puesto que expresa que los órganos jurisdiccionales deben ser independientes e imparciales, especialmente del jefe de Estado o del gobierno, lo cual parece contradecirse con la tesis sostenida. Parece

señalar entonces el autor que jueces y órganos jurisdiccionales son lo mismo. Ambos ejercen la función judicial como parte de la función jurisdiccional. Se diferenciarían entonces esos jueces u órganos jurisdiccionales de aquellos otros órganos que no son jueces ni órganos jurisdiccionales pero que ejercen Jurisdicción; aquí entra la expresión *órgano que ejerce jurisdicción* a la que se refiere el artículo 19 n° 3 inciso 6° CPR.

El Tribunal Constitucional chileno² se ha referido ampliamente a todas estas cuestiones. Ha señalado que la función jurisdiccional es genérica y omnicompreensiva respecto de todos aquellos órganos que resuelven conflictos que afectan bienes y derechos de las personas, aunque no sean propiamente "tribunales" e incluso no formen parte del Poder Judicial, sin perjuicio de que en definitiva se encuentren siempre sujetos a la superintendencia disciplinaria de la Corte Suprema (Considerando Décimo Séptimo). Luego agrega que de suerte tal que no sólo los tribunales, propiamente tales, formen o no parte del Poder Judicial, ejercen jurisdicción sino que también lo hacen otros órganos, como algunos que incluso integran la Administración del Estado, al resolver situaciones que afecten a las personas y sus bienes. Entre dichos órganos ciertamente se encuentra el Servicio de Impuestos Internos, particularmente sus directores regionales, al resolver las reclamaciones tributarias, a que aluden los artículos 115 y siguientes del Código Tributario, a cuya actuación jurisdiccional también se le aplican los principios del debido proceso, como se explicará más adelante" (Considerando Décimo Octavo). Da a entender en esta parte el Tribunal Constitucional que el director regional del servicio de impuestos internos no es propiamente un tribunal de justicia, sino un órgano de la administración que ejerce jurisdicción. Sin embargo, más adelante expresa que de este modo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 77 de la Carta Fundamental y en la disposición cuarta transitoria de la misma, los tribunales que tienen atribución para conocer de las reclamaciones tributarias son los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos. En esta parte el tribunal cambia la denominación usada anteriormente de órgano que ejerce jurisdicción para denominarlo derechamente tribunal especial, aunque luego, más adelante en su argumentación, vuelve a denominarlo órgano que ejerce jurisdicción y no tribunal especial (Considerando Vigésimo Cuarto).

El Tribunal Constitucional asume luego las definiciones formales de la Jurisdicción dadas por la doctrina de autores como Duguit y Chiovenda, al sostener que "lo propio de la jurisdicción es la función en que consiste y no el órgano que la ejerce" (Considerando Vigésimo Cuarto).

2 · Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional rol n° 616 - 2006, de fecha 6 de septiembre de 2007.

Esta concepción de la doctrina y jurisprudencia constitucional chilenas no es coherente con un Estado de Derecho en el cual los poderes públicos, especialmente los órganos de iniciativa política, son sometidos a un efectivo control por parte de tribunales de justicia que no reciben órdenes ni tienen vinculación con esos poderes políticos.

2 El poder judicial y la función jurisdiccional en la Constitución de 1980. Una mirada crítica bajo el contexto de la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho

La doctrina y jurisprudencia dominantes analizadas en el número precedente adolecen, a mi modo de ver, de algunos problemas que le restan sustento. Sitúan la función jurisdiccional en un universo temporal que no corresponde al de la Constitución de 1980 y desconocen las funciones de la jurisdicción asignadas constitucionalmente.

Como se decía precedentemente, la tesis de un autor nacional como Colombo recoge los planteamientos de autores como Duguit y Chiovenda que definen la Jurisdicción por la función que desarrolla, función que luego Carnelutti (1971), entre otros autores, la circunscribe a la resolución de los conflictos intersubjetivos o de la Litis.

La tesis de Carnelutti es coherente con un modelo de Estado que asume un rol pasivo consistente en ser un mero árbitro de las disputas que se dan entre los ciudadanos. El Estado y la Jurisdicción, como parte de éste, son mero cauce de pacificación social. Esta es una tesis muy difundida a fines del siglo XIX y principios del XX.

El problema de la concepción de la función judicial de Chiovenda que, como hemos visto, sigue un sector de nuestra doctrina, es que deja fuera del horizonte los fines principales de la Jurisdicción. Como lo hace ver un sector de la doctrina procesal más contemporánea (Taruffo, 1996), la concepción de la función jurisdiccional como solución de controversias excluye la idea de que el proceso pueda servir para garantizar y asegurar la legalidad en general a través de la efectiva y puntual actuación de los derechos de los particulares. Por otra parte, los autores italianos de principios del siglo XX parecen situar la función jurisdiccional en un contexto donde el derecho se aplica a situaciones en que los ciudadanos tienen intereses contrapuestos, dejando de lado la evolución de la función jurisdiccional para resolver los conflictos entre los órganos del Estado y los ciudadanos y entre los propios órganos del Estado, cuestiones propias de una justicia administrativa y de otra de carácter

constitucional. En este sentido, se omite la función de control que asumen los jueces en un Estado de Derecho contemporáneo.

La función jurisdiccional de control es exigida por nuestra Constitución respecto de la Administración del Estado (art. 38 inc. 2° CPR y art. 93 n° 3°, n° 4°, n° 8°, n° 9°, n° 13 y n° 16° CPR) y del Legislador (art. n° 93 n° 1°, n° 3°, n° 6°, n° 7°, n° 14° y n° 15° CPR). El poder judicial ordinario a través del Recurso de Protección (art. 20 CPR) también puede cumplir esa función de control cuando los poderes del Estado vulneran los derechos fundamentales de los ciudadanos. Con un carácter más específico el *Habeas Corpus* (art.21 CPR) también permite a los jueces controlar los actos del Estado.

De conformidad con lo dicho, se puede aseverar que la concepción de la función jurisdiccional asumida mayoritariamente en Chile que pone énfasis en la eliminación del conflicto surgido entre individuos parece no atribuirle mucha importancia a la independencia judicial. Mientras ese juez que pertenece al Estado no esté del lado de uno de esos sujetos privados de la contienda se satisfará un mínimo de imparcialidad, con prescindencia de si ese juez pertenece al poder judicial, al legislativo o al ejecutivo.

Por el contrario, en una concepción de la función jurisdiccional como contrapoder, la independencia judicial adquiere mucha relevancia. Es, precisamente, esa independencia la que permitirá que la decisión de los jueces no sea influenciada por los otros poderes constitucionales. Sólo así puede existir un poder del Estado que funcione como control sobre la actividad de los otros poderes. Sólo así se garantiza la legalidad de todo el sistema jurídico.

Una concepción más contemporánea de la función jurisdiccional –que esté por lo demás conforme con las exigencias constitucionales– viene a significar que las características estructurales de los órganos judiciales o jurisdiccionales no son nada irrelevantes para el ejercicio de la función jurisdiccional, al contrario de lo que sostenía Duguit, en Francia, Chiovenda, en Italia, y un sector importante de la doctrina en nuestro país (Colombo). La independencia del órgano judicial es especialmente importante cuando la imparcialidad puede hacerse problemática en ciertos casos, como cuando el tercero que debe juzgar es un órgano que pertenece a la Administración pública. Este es el típico caso que justifica la necesidad de la independencia para el desarrollo de la función jurisdiccional.

La estructura del órgano, entonces, sí es relevante para definir la función jurisdiccional. De lo contrario no habría cómo asegurar la libertad y los

derechos de las personas frente al poder abusivo de los poderes políticos del Estado.

En este mismo orden de ideas, si la independencia de los tribunales de justicia u órganos que ejercen Jurisdicción no fuese relevante para definir la función jurisdiccional, no se pueden entender correctamente algunos preceptos de la Constitución chilena, como es el caso del artículo 38 inc. 2° CPR.

Hay que señalar que cuando se analiza la Jurisdicción como función, se pretende identificar dentro de las funciones estatales una concreta que se encomienda en régimen de monopolio a unos órganos dotados de determinadas características, las que estarán preordenadas a garantizar que la función se desarrollará según ciertas exigencias que se consideran de capital importancia en el Estado de Derecho. Por ello, en las democracias contemporáneas la función jurisdiccional se encomienda en régimen de monopolio a jueces independientes e imparciales y se prohíbe que pueda ser ejercida por órganos que no tienen tales notas.

La organización de los poderes públicos en la democracia chilena debe ser entendida bajo estas coordenadas. Por ello, debe entenderse que en la Constitución de 1980 la función jurisdiccional la desarrollan con absoluta exclusividad los tribunales de justicia establecidos por ley, tribunales que se definen por sus notas de independencia respecto del ejecutivo y del legislativo para que sólo así puedan aplicar imparcialmente los preceptos jurídicos que estos poderes políticos crean. Esos tribunales podrán pertenecer o no a la estructura burocrática denominada poder judicial. Ello es irrelevante desde el punto de vista de las garantías de independencia e imparcialidad. Lo único que importa si se quiere tener y preservar un Estado de Derecho, es que esos tribunales sean independientes en los términos ya apuntados.

De este modo, cuando la Constitución chilena en su artículo 19 n° 3 inciso 6° se refiere a los órganos que ejercen Jurisdicción, debería entenderse dicha expresión como sinónima de tribunales de justicia independientes. Ante dichos órganos o tribunales, exige el referido precepto constitucional, debe desarrollarse un procedimiento tal que pueda entenderse que cumple con las garantías de racionalidad y justicia, es decir, las garantías de un debido proceso.

La concepción difusa del poder judicial en nuestro ordenamiento jurídico está reconocida en la fórmula relativa a la función judicial del artículo 76 CPR: "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". A su vez, esta misma idea es repetida en similares términos por el

artículo 1º del Código Orgánico de Tribunales. Pero el Código Orgánico de Tribunales profundiza en la idea de poder difuso al señalar en su artículo 8º que: "Ningún tribunal puede avocarse el conocimiento de causas o negocios pendientes ante otro tribunal, a menos que la ley le confiera expresamente esta facultad".

La inavocabilidad es un principio de organización del Estado de tipo liberal que busca limitar y controlar el poder. Expresión de ese liberalismo es que en el mundo iberoamericano la Constitución liberal de Cádiz de 1812 prohibió la avocación de causas judiciales por otros tribunales, cuestión que era habitual en el Estado absoluto (por el rey u otros tribunales). Hoy en día la avocación de causas judiciales resulta incompatible con el principio de la independencia judicial.

Asimismo, avala la tesis del poder judicial como potestad difusa el hecho que entre los órganos constitucionales que pueden someter al conocimiento y decisión del Tribunal Constitucional una declaración de inconstitucionalidad -en este caso de inaplicabilidad- está el juez que conoce del asunto (art. 93 nº 6 CPR). Junto al Presidente de la República, las Cámaras o una parte de ellas, aparecen legitimados activamente el juez o, dicho de otro modo, todos los jueces y tribunales de justicia del país respecto del asunto específico de que conocen. Esos jueces y tribunales son el poder judicial chileno.

Finalmente, concuerda con esta idea de poder difuso el hecho de que la decisión de un tribunal de primera instancia puede constituir la respuesta jurisdiccional del Estado chileno, si ésta no es impugnada, pues en este caso, de conformidad con el artículo 174 CPC, adquiere la calidad de firme o ejecutoriada y, como tal, puede cumplirse aun coactivamente.

El que los referidos artículos de la Constitución y del Código Orgánico de Tribunales se refieran a los tribunales tiene dos implicancias que es necesario destacar. En primer lugar, se presenta un problema lingüístico. El poder que regula la Constitución y la ley no puede llamarse poder judicial, pues el poder que efectivamente se regula es el de los tribunales de justicia. Esto ya lo advirtió Jaime Guzmán, quien como integrante de la Comisión de Estudio de una Nueva Constitución, abogó por cambiar la denominación del actual Capítulo VI (Poder Judicial) por el de Tribunales de Justicia, argumentando que los capítulos de la Carta debían mencionarse atendiendo al nombre atribuido al titular del respectivo órgano, recalando así que los titulares de este poder son los tribunales de justicia y no el poder judicial.

Lo expuesto viene a significar que, cada vez que se habla del poder judicial, se está utilizando una abreviación para referirse al conjunto de todos los tribunales de la república. De este modo, en la Constitución Política de la República de Chile, la tríade tradicional de poderes del Estado está conformada por el Gobierno, el Congreso Nacional y los tribunales de justicia. A esa tríade hay que agregar los poderes autónomos, como el Banco Central, La Contraloría General de la República, el Ministerio Público, etc.

Otra forma de entender el término poder judicial es referirlo a una estructura administrativa que coordina la labor de un conjunto de tribunales de justicia. Ese conjunto de tribunales está definido por el artículo 5º COT y se dirige, en última instancia, por la Corte Suprema (arts. 78, 80 y 82 CPR). Poder judicial significa en esta acepción una estructura organizacional burocrática.

Autores como Ignacio de Otto (1989) distinguen a este respecto entre poder judicial y potestad jurisdiccional. El primero es un complejo orgánico sometido a un determinado gobierno: al Consejo General de Poder Judicial en España y a la Corte Suprema en Chile. El segundo son los juzgados y tribunales que desarrollan la función jurisdiccional. Esto último -potestad jurisdiccional- es lo que regula esencialmente el Capítulo VI de la Constitución de 1980. El poder judicial como organización burocrática se encuentra regulado en lo esencial en el Código Orgánico de Tribunales. La Constitución solo regula aspectos mínimos de esa organización.

Lo que debe quedar claro es que el ordenamiento de la administración de justicia es una cosa distinta del ordenamiento de la Jurisdicción. Ni el ministro de Justicia, ni la Corte Suprema ni el Consejo de la Judicatura, dependiendo del sistema de gobierno judicial, son vértices organizativos de la Jurisdicción. Todos ellos solo pueden ser vértices de la administración de la justicia; de la burocracia judicial.

Una segunda implicancia dice relación con la organización y administración de la judicatura. Si la función jurisdiccional está confiada a cada tribunal de justicia que haya sido creado por el legislador, no hay tribunales que encarnen por sí solos a este poder y esta función. Respecto del judicial no hay unidad de agencia, pues no se trata de un agente colectivo. Ni la Corte Suprema ni ningún otro tribunal encarnan o representan con exclusividad al poder judicial.

Cabe preguntarse la razón de ser de la concepción difusa del poder judicial. La respuesta dice relación con el intento de evitar una posible configuración de un poder que sea capaz de alterar la voluntad soberana expresada en la

ley. Para que rija la ley creada democráticamente por los poderes a los que la Constitución ha entregado tal competencia, es indispensable configurar al judicial como un poder tenue o casi invisible. Un poder difuso supone una profunda desconcentración de poder.

Si se supone que la ley expresa una exigencia popular que vive en la conciencia de todos los integrantes de la sociedad, es labor de cada juez encontrar esa conciencia social al momento de interpretar y aplicar dicha ley. Para poder lograr tal misión, sin distracción alguna, ese juez debe sentir con plenitud el peso y la importancia de tal responsabilidad. Calamandrei (1954) dirá que ese juez debe encontrarse solo con su conciencia para sí escuchar lo que le dicta en su interior la exigencia popular. Se vincula obviamente esta concepción difusa con la idea de limitación del poder del Estado; la limitación del poder por el derecho.

Los efectos prácticos de una concepción difusa del poder judicial dicen relación con que ningún tribunal puede dar instrucciones u órdenes a otro respecto a cómo debe resolver un asunto sometido a su decisión. La única manera en que un tribunal puede corregir o revisar lo que ha resuelto otro es a través del sistema de recursos procesales que haya dispuesto el legislador (art. 8° COT).

Pero cuando un tribunal superior revisa o corrige lo que ha fallado un tribunal inferior, ello no implica una función superior a la ejercitada por el juez a quo sino que simplemente se trata de una función diversa, la que, al no ser superior, se activa a petición de parte y no de oficio.

Cuando la ley se refiere a tribunales superiores de justicia, ello no debe entenderse en el sentido que existen tribunales que desarrollan funciones jurisdiccionales superiores a otras. Los tribunales podrán tener diversos tratamientos y prerrogativas; sus integrantes podrán tener diferentes remuneraciones y responder ante órganos diversos, pero la función que desarrollan jurisdiccionalmente es de la misma entidad que la que desarrollan los demás tribunales de justicia. Eso es lo que exige nuestro texto constitucional.

De este modo, cuando se dice que el judicial es un poder difuso se quiere significar que el poder de conocer, resolver y hacer ejecutar lo juzgado pertenece a cada tribunal de justicia al que la ley le ha confiado la respectiva función y competencia. Ese tribunal, conociendo, resolviendo o haciendo ejecutar lo juzgado es el poder judicial; no lo hace en cuanto miembro del poder judicial sino que lo es.

Todo ello se explica porque la actividad jurisdiccional, a diferencia de otras funciones del Estado, se confía a sujetos dotados de independencia, que comparativamente con otros poderes estatales, acá es reforzada y garantizada. Este status que es exclusivo de los jueces requiere de un tipo de organización fundada sobre interrelaciones rigurosamente horizontales, como cabe desprender del artículo 76 CPR.

Esta configuración del poder judicial trae como consecuencia la necesidad de comprender la importancia de todo trabajo jurisdiccional y de cada instancia o momento procesal. Si se observan las distintas instancias o momentos procesales, como por ejemplo el proceso civil ordinario de primera instancia, la apelación y finalmente la casación, veremos que cada uno de ellos es autónomo respecto de los demás. Pero, además, cada tribunal que lleva a cabo esa fase realiza contribuciones que en general son irrepetibles, las que son de imprescindible consideración en los sucesivos momentos procesales.

Esta situación se relaciona con el hecho de que el ejercicio jurisdiccional es y sigue siendo, en nuestra tradición legal, esencialmente cognoscitivo (no se trata de negar una cierta función creadora de derecho que tienen los jueces). Y si la función de juzgar se basa esencialmente en conocer de unos hechos introducidos por las partes del proceso judicial –lo que se determina con las pruebas aportadas al proceso y luego ese juez debe subsumir esos hechos en determinados supuestos fácticos normativos– esa función solo la puede desarrollar el juez que conoce de tales hechos, pruebas y el derecho. Ningún otro juez o tribunal está en mejor pie para desarrollar tal función. El juez de la instancia es el mejor capacitado para determinar los hechos de la causa y qué preceptos jurídicos deben aplicarse y cuál interpretación de ellos debe hacerse en la causa.

La mejor posición del juez de la instancia para determinar los hechos y el derecho aplicable a ellos no solo se explica porque en los procesos orales ha podido escuchar todos los planteamientos de las partes y presenciar y, en algunos casos, participar directamente en las pruebas que éstas rinden ante él, sino que se justifica también porque ha podido conocer de todas las alegaciones fácticas introducidas por las partes y las pruebas que las justifican, así como de todas las alegaciones jurídicas. En este sentido, la mejor posición del juez de la instancia para fallar un caso no solo es aplicable a los procesos orales sino también a los regidos por el principio de la escrituración. Se trata de dos cualidades que concurren ante los jueces de base: la completitud de la cognición y, eventualmente, la inmediatez de ésta. Una cualidad necesaria; la otra accidental dependiendo de si existe o no oralidad.

Esta concepción difusa que es propia de la potestad jurisdiccional se explica adicionalmente por la particular posición de los jueces en el Estado de Derecho. Los jueces tienen una particular naturaleza híbrida entre funcionario estatal y profesional liberal. El juez es el menos estatal de los funcionarios públicos. Solo a modo de ejemplo tómesese en consideración que los jueces responden, como todo profesional, por los ilícitos civiles y penales en que incurran con ocasión de sus funciones jurisdiccionales. Se trata de una responsabilidad individual y no institucional. Es una curiosa figura donde un profesional autónomo debe moverse al interior de una organización compleja de carácter burocrático como lo es la administración judicial.

La concepción difusa de la potestad jurisdiccional excluye las órdenes e instrucciones de otros tribunales. Ahora bien, sin perjuicio de que los llamados telefónicos o las instrucciones escritas a veces se dan entre distintos jueces, ellas no son la vía común de vulneración de la concepción difusa y de la independencia judicial. Basta con tener en la cabeza un órgano con la capacidad de controlar la conducta de los jueces y conductas sancionadas lo suficientemente amplias y elásticas, como para que no sean necesarias órdenes explícitas. Como se verá, esto es lo que sucede hasta hoy en día en el caso de Chile.

En el caso de las órdenes o instrucciones de los superiores jerárquicos, desde un punto de vista de fuentes del derecho y en un análisis del sistema jurídico, se estaría produciendo una violación de la jerarquía normativa, pues resulta evidente en esta situación que la orden que indica cómo debe interpretarse y aplicarse otra norma está incidiendo en la determinación del contenido de ésta por una vía que no es la adecuada para ello, pues en virtud de la lógica jerárquica toda alteración en el contenido de una norma revestida de una determinada forma jurídica solamente puede ser llevada a cabo mediante una norma que presente la misma forma que aquélla.

Se puede señalar que los jueces chilenos siempre han gozado de una amplia independencia externa pero, por otra parte, siempre han tenido una profunda dependencia de las jerarquías judiciales, de las Cortes de Apelaciones y, especialmente, de la Corte Suprema. Esa estructura jerárquica de la judicatura se mantiene incólume hasta el día de hoy.

En Chile, producto de la atribución de gobierno de los tribunales de justicia por la Corte Suprema y, marginalmente, por las Cortes de Apelaciones, se tiende a una concentración del poder jurisdiccional en manos de unos pocos tribunales de justicia. Ello afecta la concepción difusa del poder judicial.

A diferencia del modelo napoleónico y europeo en general del siglo XIX donde el Ministro de Justicia era el vértice de la judicatura como organización, y a diferencia de la mayoría de los países europeos y latinoamericanos que desde mediados del siglo XX atribuyeron a los Consejos de la Judicatura la administración de los jueces y tribunales, en Chile tal labor le corresponde fundamentalmente a la Corte Suprema. Digo *fundamentalmente* pues las Cortes de Apelaciones también participan en algunos aspectos de esa administración. Por otra parte, existe otro órgano estrechamente vinculado a la Corte Suprema que participa de esta administración judicial. Me refiero a la Corporación Administrativa del Poder Judicial. La Academia Judicial, órgano autónomo de la Corte Suprema pero donde algunos ministros de ésta tienen una importante participación, también tiene algunas competencias de administración judicial. Tanto la Corte Suprema como las Cortes de Apelaciones reúnen en sí una función jurisdiccional y una función de administración. Los otros dos son exclusivamente órganos de administración judicial.

La Corte Suprema chilena es, por tanto, órgano de casación y principal órgano de administración del conjunto de jueces y tribunales del país. La principal competencia jurisdiccional que tiene la Corte Suprema, pero no la única, es la de conocer los recursos de casación y nulidad, pudiendo revisar los fallos y los procedimientos de los tribunales inferiores, con facultades para anular dichos fallos, reenviando a nuevo juicio o dictando sentencia de remplazo, según corresponda.

Respecto a las facultades de dirección o administración, algunas de ellas dicen relación con el poder de remover a los jueces que no han tenido buen comportamiento, o de trasladarlos a un cargo de igual categoría (art. 80 incisos 3 y 4 CPR). Asimismo, según lo que prescribe el Código Orgánico de Tribunales, la Corte Suprema, en pleno, tiene el poder para calificar a los ministros de Cortes de Apelaciones, relatores y procuradores del número que se desempeñen en dicho tribunal, a su secretario, prosecretario y empleados. Mismo poder de calificación tienen las Cortes de Apelaciones respecto de otros jueces y funcionarios judiciales (art. 273 letras a) y b) COT). Esas calificaciones son esenciales para hacer carrera judicial y mantenerse en el cargo judicial (arts. 278, 278 bis y 281 COT).

Luego se deben destacar las facultades directivas, correccionales y económicas que tiene la Corte Suprema sobre todos los tribunales de la Nación, integren o no el poder judicial, con la sola excepción de los tribunales a que hace referencia la Carta Fundamental (art. 82 CPR).

Cuando se trate de la administración de los recursos humanos, financieros, tecnológicos y materiales destinados al funcionamiento de los tribunales que forman parte del Poder Judicial, la Corte Suprema ejercerá tal administración a través de un órgano denominado Corporación Administrativa del Poder Judicial (art. 506 COT).

Además de poderes de organización y gobierno judicial, la Corte Suprema tiene ciertos poderes que son de tipo político, pues ella debe ser consultada toda vez que se quiera modificar la Ley Orgánica Constitucional de organización de los tribunales de justicia (art. 77 CPR). De este modo, la Corte Suprema participa en la elaboración de las leyes referidas al Poder Judicial.

El hecho de que la Corte Suprema tenga el gobierno o administración judicial hace que los jueces se comporten como comisarios o mandatarios de la Corte Suprema, es decir, hace que desaparezca la concepción difusa del Poder Judicial. ¿Cómo se produce ello? Fernando Atria (2007) pone de relieve dos situaciones al respecto. En primer lugar, está la facultad de la Corte Suprema para remover a los jueces cuando ella determina que dichos jueces no han tenido buen comportamiento. Esta facultad que le reconoce a la Corte Suprema el artículo 80 inciso 3º CPR determina que al interior del poder judicial los jueces no sean inamovibles. Cuando la Corte Suprema hace uso de esa facultad, el mensaje para los demás jueces es que ellos no tienen inamovilidad respecto de la Corte. Y si no tienen inamovilidad respecto de la Corte Suprema, es improbable que no tiendan a comprenderse como mandatarios de dicha corte.

Los tribunales sometidos al poder de administración y disciplinario de la Corte Suprema pueden sentirse inclinados a resolver los asuntos sometidos a su conocimiento y decisión, según como fallaría o ha fallado casos similares la Corte Suprema. Esta vinculación del juez inferior a la Corte Suprema se explica por dos instituciones ampliamente vinculadas pero que podemos analizar por separado. En primer lugar, está el sistema de carrera judicial y, en segundo lugar, el sistema de responsabilidad disciplinaria.

La carrera judicial ha sido considerada en el contexto externo e histórico como el principal factor de interferencia interna en la judicatura. La carrera judicial regulada en el Código Orgánico de Tribunales chileno deja a los jueces, que pertenecen a la estructura burocrática denominada Poder Judicial, sujetos a la calificación que haga la Corte Suprema, en último término, respecto a su trabajo y su comportamiento. Esa calificación se hace bajo un sistema de notas de 1 a 7, que debe fundarse en antecedentes objetivos. Debe considerar

además de la hoja de vida del juez calificado, el informe de calificación y el desempeño en los siguientes ítems: responsabilidad, capacidad, conocimientos, iniciativa, eficiencia, afán de superación, relaciones humanas y atención al público, en consideración a la función o labor que corresponda realizar y magnitud de la misma (art. 277 bis COT).

El sistema ha sido calificado como subjetivo, pues el evaluador no cuenta con parámetros objetivos de control de desempeño que permitan al evaluado verificar los criterios utilizados. Sin embargo, autores como Juan Enrique Vargas (2007) han señalado que en los hechos el sistema de las calificaciones no sirve para distinguir entre buenos y malos funcionarios judiciales, pues prácticamente todos terminan siendo muy bien evaluados.

El problema aquí planteado puede ser referido como un problema entre la estructura vertical y jerarquizada del poder judicial y la independencia de cada juez. Esta estructura jerárquica, que tiene a la Corte Suprema en su cúspide, le impide al juez ser independiente funcionalmente, pues cualquier apartamiento de las reglas, formas, usos o instrucciones planteadas por los superiores, puede ser vista como un acto de insubordinación o de rebeldía.

Algunos sostendrán que la concepción difusa del Poder Judicial o, lo que es lo mismo, la independencia interna de cada juez y tribunal, son incompatibles con la carrera judicial. En este sentido, sostenía a mediados del siglo pasado Piero Calamandrei (1954) que la existencia de esta carrera podría inducir a cada juez a considerar como modo óptimo de hacer justicia lo que sirva mejor a su carrera, con lo que se afecta la independencia individual de cada juez, pues éste no estará en condiciones de ponerse en contradicción con quien puede disponer de su carrera.

Por eso se dice que habiendo carrera judicial, controlada en el caso nuestro por la Corte Suprema, ello determina que el juez no pueda ocuparse exclusivamente de resolver el caso con todas sus particularidades conforme a las prescripciones de la ley, pues ese juez está ocupado en su carrera funcionaria. Así, la carrera de los jueces muchas veces está conectada a un escrutinio de sus decisiones. En definitiva, se controla a los jueces y éstos a su vez se autocontrolan, en el sentido de que sus decisiones se ajusten, acriticamente, a las decisiones de la Corte Suprema.

Esta ha sido una constante en el derecho comparado. Veamos nuevamente la situación en Italia. En este país, antes de las reformas sobre la carrera judicial llevadas a cabo desde los años sesenta del siglo pasado, era común que el control de la carrera judicial terminara propiciando una adecuación

jurisdiccional acrítica a las directrices jurisprudenciales de la casación de parte de los jueces jóvenes, deseosos de hacer carrera. Pero además de empujar a los jueces a seguir acríticamente la jurisprudencia de casación, la carrera empujaba a los jóvenes jueces italianos a dictar sentencias que alardeaban de doctrina, para así demostrar ante sus superiores sus conocimientos jurídicos y su inteligencia, sin que importara mayormente la solución al caso concreto que dicha sentencia comportara. Era común en Italia la dictación de sentencias cátedra.

La sujeción acrítica a la jurisprudencia de la corte de casación genera dos tipos de problemas. En primer lugar, está el hecho de que concentra el poder jurisdiccional en manos de la Corte Suprema. Se produce así una mediación vía otro tribunal entre el juez y la ley que éste debe aplicar. El juez ya no está sujeto solo a la ley sino que está sujeto a la ley según lo que la Corte Suprema entiende como tal. Pero, además, hay un problema que se genera por razones más fácticas que jurídicas. Al menos en Italia, la corte de casación era acusada de un posicionamiento de tipo conservador, lo cual impedía una adecuada evolución del derecho. El derecho, en definitiva, se lo interpreta en términos generales de una manera conservadora o poco evolutiva.

En virtud de tales consideraciones, Calamandrei (1954) propuso para el derecho italiano la abolición de la carrera judicial y el sistema de promociones, lo que en definitiva terminó por plasmarse en la Constitución italiana de 1947 y se materializó desde los años sesenta venideros.

La supresión de la carrera judicial en Italia es valorada positivamente por todas las corrientes de la justicia italiana y es considerada un pasaje crucial de lo que es definida como la conquista de la independencia interna de los jueces italianos.

Esa abolición de la carrera judicial también es propuesta por algunos autores para la judicatura chilena (Horvitz, 2007). Otros autores nacionales no proponen la supresión de la carrera judicial, sino que ésta debe quedar a cargo de una pequeña comisión u organismo que no tenga el carácter de tribunal de justicia y desde luego hacerla más objetiva y competitiva (Vargas, 2007). Como sea, existen voces que sostienen que la carrera judicial controlada por la Corte Suprema afecta la independencia de los jueces inferiores o, lo que es lo mismo, la concepción difusa de la Jurisdicción.

Pero además de la carrera judicial, se produce una vinculación de los jueces inferiores a las decisiones de la Corte Suprema debido al sistema de responsabilidad disciplinaria. Este aspecto se ve mayormente afectado por la

indeterminación de las conductas que pueden comportar la remoción de un juez de la república. La conducta que puede traer aparejada la remoción es no tener buen comportamiento (art. 80 inc. 3° CPR). Y en el Código Orgánico de Tribunales se establecen sanciones inferiores a la remoción cuando hay faltas o abusos por parte de los jueces, lo que tampoco está precisado o definido.

3 El sistema chileno de garantías de la independencia judicial

Junto con un sistema adecuado de generación de los jueces, lo cual veremos en el apartado siguiente, esencial para la configuración de una judicatura independiente desde el punto de vista externo, es asegurar la inamovilidad de los jueces.

La permanencia en el cargo de los jueces de manera indefinida, bajo la fórmula inglesa más que centenaria³ del *during good behaviour* o mientras dure su buen comportamiento, es una garantía importante de independencia judicial, pues los jueces podrán desarrollar sus funciones sin preocuparse de cómo vivirán el día de mañana cuando dejen el cargo. La seguridad y estabilidad en el empleo, con la significación económica que ello implica, es una de las garantías más importantes que tienen los jueces en un Estado de Derecho para poder desarrollar imparcialmente su función.

Esta fórmula inglesa la recoge nuestra Constitución en el artículo 80:

“Los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento; pero los inferiores desempeñarán su respectiva judicatura por el tiempo que determinen las leyes.

No obstante lo anterior, los jueces cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad; o por renuncia o incapacidad legal sobreviniente o en caso de ser depuestos de sus destinos, por causa legalmente sentenciada. La norma relativa a la edad no regirá respecto al Presidente de la Corte Suprema, quien continuará en su cargo hasta el término del período”.

Hoy en día, la fórmula que utiliza nuestra Constitución referida a tribunales inferiores es bastante confusa, pues se refiere a jueces cuyos cargos son temporales. De acuerdo a esa clasificación que utiliza el precepto constitucional, se debe entender por juez inferior aquel que es nombrado en

3 · Act of Settlement de 1701.

el cargo por un plazo fijo. La expresión tribunales inferiores no tiene expresivo reconocimiento en la ley.

La Constitución (art. 52. 2 c) y la ley (art. 333 COT) hablan de Tribunales Superiores de Justicia. Hoy en día, los tribunales que no son Tribunales Superiores de Justicia, es decir, que no corresponden a la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones ni Cortes Militares ⁴, están integrados por jueces que son nombrados indefinidamente así como también por otros que son a plazo fijo. Esto genera bastante confusión, pues un juez del Tribunal Ambiental, que la Ley 20.600 denomina ministro y cuya renta mensual es superior a la de un ministro de Corte de Apelaciones, por tener un cargo a plazo fijo, sería un juez inferior, mientras que un juez de letras no lo sería.

Una interpretación menos confusa diría que la Constitución se refiere a jueces inferiores como aquellos que integrando el Poder Judicial, tienen un mandato a plazo fijo. Este era el caso de los jueces de distrito y subdelegación, los que mucho tiempo atrás fueron suprimidos. En este sentido, a efectos del artículo 80 CPR, toda vez que se creen cargos de juez dentro del Poder Judicial con carácter temporal estaremos frente a un juez inferior. Actualmente, no hay ningún juez en esa situación.

Los jueces a plazo fijo situados fuera del Poder Judicial, como los del Tribunal Ambiental o del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, no son jueces inferiores en la terminología del artículo 80 de la Constitución.

En todo caso, tratándose de jueces inferiores y de jueces nombrados a plazo fijo, la inamovilidad habría que entenderla dentro del período por el cual fueron nombrados.

En relación a este punto, hay que señalar que el legislador chileno ha ido creando cada vez más cargos de jueces especiales nominados a plazo y no de manera permanente, en algunos casos con posibilidad de prorrogar el mandato y en otros no. No solo los jueces del Tribunal Constitucional tienen un nombramiento a plazo (9 años), sino que también los que forman parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (6 años), los del Tribunal de la Contratación Pública (5 años) y los de los Tribunales Ambientales (6 años), entre otros.

La inamovilidad garantiza que los jueces no queden a merced de los poderes políticos. Ello es esencial en un Estado de Derecho. Esto quiere significar que

aunque al Ejecutivo o al Legislativo no les guste la decisión que dentro de sus funciones jurisdiccionales ha acordado un juez, éste no podrá ser removido de su cargo por esos poderes políticos. La excepción a esa regla es el juicio político, que en casos muy graves (notable abandono de deberes) puede significar la destitución de un ministro de un Tribunal Superior de Justicia, si el Senado en definitiva así lo considera.

Sin embargo, en virtud del artículo 80 inciso 3º, la inamovilidad es bastante relativa si considera la posición del juez dentro de las estructuras de gobierno de la judicatura. En efecto, la Corte Suprema por requerimiento del Presidente de la República, a solicitud de parte interesada o de oficio, podrá declarar que los jueces no han tenido buen comportamiento y, previo informe del inculpado y de la Corte de Apelaciones respectiva, en su caso, acordar su remoción por la mayoría del total de sus componentes. Estos acuerdos se comunicarán al Presidente de la República para su cumplimiento.

Surge como duda interpretativa si este poder de remoción que la Constitución le confiere a la Corte Suprema se confiere respecto a todo tribunal de justicia o solo respecto de aquellos que forman parte del Poder Judicial. La respuesta viene dada por el propio precepto en la parte que señala en su caso y también concordándolo con el artículo 82 que establece que "La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales".

Para remover a un juez por la Corte Suprema se requiere informe de la Corte de Apelaciones, en su caso o cuando corresponda. Ello quiere decir que no se pedirá informe a una Corte de Apelaciones cuando se trate de remover a un ministro de la propia Corte Suprema o bien cuando se trate de tribunales de justicia situados fuera del Poder Judicial, los que no están sujetos al control disciplinario de una Corte de Apelaciones. Por lo tanto, todos los jueces, estén dentro o fuera del Poder Judicial, pueden ser removidos por la Corte Suprema, con la excepción de aquellos que forman parte del Tribunal Constitucional, Tribunal Calificador de Elecciones y tribunales electorales regionales.

La remoción de los jueces, todos, es una facultad correccional que la Constitución le atribuye a la Corte Suprema, con la sola excepción de los tres tribunales que la propia Norma Fundamental exceptúa.

4 · La calificación de un tribunal como Tribunal Superior de Justicia es una construcción doctrinaria y jurisprudencial antes que legal.

4 El sistema chileno de generación de los jueces

El mecanismo que se diseñe para la elección de los jueces es fundamental para hacer posible el valor constitucional de la independencia judicial.

Los sistemas de generación de los jueces puede ser clasificado en: a) Designación; b) Elección; c) Autogeneración; y d) Mixto.

a) Designación

La designación surge de la tradición monárquica absoluta en la que el rey nombraba y removía a los jueces a su entera discreción. Ese modelo es repuesto por Napoleón luego de la Revolución Francesa y de los primeros intentos de una judicatura realmente independiente. Fue asumido por todos los estados europeos continentales durante el siglo XIX y primera mitad del siglo XX. En estos estados, es el ministro de Justicia, dentro del Ejecutivo, el que procedía a realizar la designación de los jueces.

En otros países pertenecientes a los socialismos reales, como en la desaparecida Unión Soviética y hoy todavía en Cuba, la designación de los jueces se realiza por la Asamblea Popular, esto es, por el Poder Legislativo.

Este sistema tiene la ventaja de que permite elegir a personas capacitadas para desempeñar la función jurisdiccional. De este modo, el Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia, como hipótesis general, o a través del órgano legislativo, como hipótesis más específica, pueden elegir mediante concurso público o no, a personas expertas en derecho y someterlas a un severo escrutinio sobre si tiene o no capacidades para el cargo. No está demás decir que en un sistema como éste, sobre todo si el nombramiento procede del Ejecutivo, el cargo de juez se asemeja mucho a cualquier funcionario público y se lo designa por métodos muy similares a éste.

El sistema de designación presenta como serio problema su uso por el poder político. Los jueces designados podrían tener ciertos compromisos con el gobierno de turno o la asamblea que los designa. Los órganos políticos nombrarán como jueces a personas que le den confianza desde sus respectivas posiciones políticas y ello, sin duda, puede afectar la independencia de los jueces y la legitimidad en el ejercicio de sus cargos. El sistema de designación, especialmente por el Ejecutivo, ha sido considerado por la doctrina y organismos internacionales, como un sistema que no favorece la promoción del valor de la independencia judicial.

b) Elección

En el sistema de elección, que hay que entender por elección popular, el juez es elegido mediante el sufragio universal de los ciudadanos, donde se opera de una manera muy similar a cómo se elige a las autoridades políticas en las democracias representativas. Este mecanismo de generación es muy poco utilizado, restando solo para algunos tipos de jueces en países como los EE.UU. y determinados cantones suizos.

El sistema de elección mediante el sufragio universal tiene la ventaja de que permite legitimar democráticamente, de una manera directa, a este poder del Estado, pero no asegura que a los cargos de jueces lleguen las personas más capacitadas.

Por otra parte, los candidatos a jueces tendrán que contar con el apoyo de algún partido o grupo político y ello les resta independencia respecto de esos partidos o coaliciones políticas.

El sistema de elección popular de los jueces es fuertemente criticado por la doctrina por comprometer el valor de la independencia judicial.

c) Autogeneración

El tercer sistema de generación de los jueces es el de autogeneración. Este sistema supone que son los propios jueces quienes designan a los futuros jueces. El sistema puede presentar diversas modalidades y se puede discutir si se está, en todos los casos, frente a verdaderas hipótesis de autogeneración. En este sentido, se podría pensar en un sistema en que los jueces por votación mayoritaria designen a quienes desempeñarán los cargos. Otro sistema supondría que quien tiene el gobierno de la judicatura, como lo podría ser el tribunal supremo o el órgano no jurisdiccional que tenga esa función (Consejo de la Judicatura), realice la designación.

En el caso de que fuese solo el Tribunal Supremo o Corte Suprema, estaríamos en una situación de autogeneración. En la segunda hipótesis, esto es, el sistema de los Consejos de la Judicatura que existen en la mayoría de los países europeos y latinoamericanos, no es propiamente un caso de autogeneración, pues estos consejos no están integrados exclusivamente por jueces o por personas designadas por jueces, sino que también por personas designadas por los poderes políticos, con especial consideración de la Asamblea Popular.

Hoy en día, no se conocen casos puros o radicales de autogeneración de los jueces. La mayoría de los estados europeos y latinoamericanos han optado por el sistema de los Consejos de la Judicatura que en mi concepto no corresponden a casos de autogeneración de los jueces.

Ahora bien, si entendemos por autogeneración el hecho de que la designación de los jueces corresponda al órgano que gobierna a la judicatura independientemente cómo se compone o genera éste, el sistema de los Consejos de la Judicatura sí podría ser considerado un caso de autogeneración

d) Mixto

El último sistema es el mixto, pues combina al menos dos de las modalidades mencionadas precedentemente. Este es el caso de Chile: la mayoría de los jueces son nombrados conjuntamente entre algún tribunal de justicia (Corte Suprema o Corte de Apelaciones), más el Ejecutivo -Presidente de la República- y, en algunos casos, además, el Senado. Al menos este es el sistema ideado para los jueces que forman parte de la estructura administrativa denominada Poder Judicial. Veamos cómo es el sistema existente en Chile.

Comencemos por la Corte Suprema. El artículo 78 CPR expresa que los ministros y fiscales judiciales del máximo tribunal serán nombrados por el Presidente de la República, eligiéndolos de una nómina de cinco personas que, en cada caso, propondrá la misma Corte. Además, dicha propuesta requiere acuerdo del Senado. Este adoptará los respectivos acuerdos por los dos tercios de sus miembros en ejercicio. Si el Senado no aprobare la proposición del Presidente de la República, la Corte Suprema deberá completar la quina proponiendo un nuevo nombre en sustitución del rechazado, repitiéndose el procedimiento hasta que se aprueba su nombramiento.

La Corte Suprema, cuando se trate de proveer un cargo que corresponda a un miembro proveniente del Poder Judicial, formará la nómina exclusivamente con integrantes de éste y deberá ocupar un lugar en ella el ministro más antiguo de la Corte de Apelaciones que figure en la lista de méritos. Los otros cuatro lugares se llenarán en atención a los merecimientos de los candidatos. Cuando se trate de proveer una vacante correspondiente a abogados extraños a la administración de justicia -pues la norma constitucional establece que cinco miembros de la Corte Suprema deberán ser abogados extraños a la administración de justicia, quienes deberán tener a lo menos quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional o universitaria, y cumplir los demás requisitos que señale la ley orgánica constitucional respectiva-, la

nómina se formará exclusivamente, previo concurso público de antecedentes, con abogados que cumplan los requisitos antes enunciados.

Los ministros y fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones serán designados por el Presidente de la República, a propuesta en terna de la Corte Suprema.

Los jueces de letras serán designados por el Presidente de la República a propuesta en terna de las Cortes de Apelaciones del territorio competencial ("jurisdicción") respectivo.

Cuando se trate de ministros o jueces suplentes, se permite que la designación recaiga exclusivamente en la Corte Suprema o en las Cortes de Apelaciones respectivas, sin participación del Presidente de la República, ni del Senado, cuando se trata de ministros suplentes de la Corte Suprema. Sin embargo, para evitar un sistema de autogeneración, la Constitución autoriza esta designación como suplente solo por sesenta días. Transcurrido ese plazo se tiene que hacer la designación por las vías ordinarias recogidas en la Constitución y en la ley.

En conclusión, si se mira al nombramiento de los jueces que pertenecen al Poder Judicial, veremos que todos ellos son nombrados conjuntamente entre la decisión del Presidente de la República y un Tribunal Superior de Justicia, sea Corte Suprema o Corte de Apelaciones. En el caso de los ministros de la Corte Suprema, además, requieren de la aprobación del Senado (art. 78 CPR). Si observamos la situación de algunos tribunales situados fuera del Poder Judicial veremos que el sistema de nombramiento es altamente variado.

e) Ejemplos

Tomemos sólo algunos ejemplos. En relación a los integrantes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia del DL 211, veremos que uno de ellos debe ser abogado y lo designará el Presidente de la República de una quina que, por concurso público, deberá efectuar la Corte Suprema. El resto de los integrantes (cuatro profesionales no abogados) serán designados por el Banco Central vía concurso público (dos de ellos) o bien por el Presidente de la República a propuesta del Banco Central (los otros dos).

Los miembros de los Tribunales Tributarios y Aduaneros serán nombrados por el Presidente de la República de una terna efectuada por la Corte de Apelaciones a partir de una lista realizada por el Consejo de Alta Dirección

Pública, órgano que el Tribunal Constitucional ha definido como servicio público descentralizado que integra la Administración del Estado⁵.

Caso muy similar al nombramiento de los jueces (ministros) de los tribunales ambientales, que son nombrados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado, de una lista previamente confeccionada en primer lugar por el Consejo de Alta Dirección Pública y luego una quina con base a esa lista realizada por la Corte Suprema.

Los miembros del Tribunal de la Contratación Pública serán designados por el Presidente de la República de una terna propuesta por la Corte Suprema que, a su vez, recibirá una lista del concurso público que al efecto llevará a cabo la Corte de Apelaciones de Santiago.

Los jueces de Policía Local son designados por la municipalidad respectiva de una terna propuesta por la Corte de Apelaciones en concurso público de antecedentes.

Los miembros del Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos son designados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, previo concurso público de antecedentes. El Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción dicta una resolución donde formaliza el nombramiento.

Vemos, de este modo, que el sistema de nombramiento de los jueces chilenos es bastante complejo y disímil. Pero siempre se puede decir que el sistema de generación es de carácter mixto.

f) Evaluación crítica

Una primera valoración crítica que se puede hacer respecto al sistema de generación de los jueces en su consagración constitucional, es que el sistema diseñado por el constituyente parece reservado solo para los tribunales que integran el Poder Judicial. Y todavía más, se podría ser aún más restrictivo, señalando que solo se refiere a los tribunales expresamente señalados en el texto constitucional, esto es, la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y los juzgados de Letras. Ello importaría decir que para los demás jueces, dentro o fuera del Poder Judicial, el legislador podría crear libremente el sistema de generación de los jueces. Así, por ejemplo, podría idear que los jueces de los tribunales orales en lo penal o los jueces de garantía, pudieran ser designados

solo por el Presidente de la República o mediante elección popular, por ejemplo.

Una tesis menos radical diría que el sistema de generación de los jueces expresado en la Constitución rige para todos los jueces que pertenecen a la estructura administrativa denominada Poder Judicial. El problema que se da en este punto es que la pertenencia o no a esta estructura administrativa no la da el constituyente sino el legislador. Es el Código Orgánico de Tribunales el que define los tribunales que pertenecen a esta estructura (art. 5° COT). Este Código podría ser modificado y podría sostener que todos los tribunales de justicia del país, salvo la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Juzgados de Letras, estuviesen situados fuera del poder judicial y, de este modo, no se aplicaría ninguna de las reglas establecidas en la Constitución para la generación de los cargos.

Otra tesis menos radical diría que el constituyente, además de referirse a los ministros de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, se refiere a los jueces letrados tanto en materia civil como de competencia criminal (art. 78 inciso 8° CPR), de manera que al menos todos ellos están sometidos al sistema de generación de los jueces fijado en la Constitución. Quedarían fuera de esta categoría todos aquellos tribunales de primera instancia que no sean tribunales de letras civiles y criminales, como los del trabajo, de familia, etc. Y, desde, luego todos aquellos situados fuera del poder judicial.

Como sea, hay que concluir que con el diseño constitucional chileno se pierde de vista el rol garantista, en el sentido de limitador del poder, que debe cumplir toda Constitución Política, sobre todo en materia de división de poderes.

Para que una interpretación de la Constitución tenga sentido en un Estado de Derecho basado en la división de poderes, y sobre todo en la independencia de los tribunales de justicia, hay que concluir que el legislador chileno tiene amplias facultades en materia de designación y permanencia de los jueces en sus cargos. Puede crear jueces dentro o fuera del Poder Judicial; puede hacerlos permanentes en sus cargos o bien a plazo fijo; puede crear todo tipo de sistemas de generación de los jueces, etc. Sin embargo, habrá de exigírsele al legislador que los sistemas que cree se ajusten al principio constitucional de independencia judicial consagrado en la Constitución (Capítulo VI y artículo 76 CPR).

De este modo, si ideara la nominación de jueces, fuera de los expresamente aludidos, solo por el Presidente de la República o por Congreso Nacional, se

podría cuestionar que ese mecanismo afecta el principio constitucional de independencia judicial. Lo mismo si estableciera que los jueces fuesen electos vía sufragio universal, apoyados por partidos y coaliciones políticas.

CUARTA PARTE

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y ESTADÍSTICAS
DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA
SERIE DE PUBLICACIONES JURÍDICAS
N.º 211 - 1997

Todos los tribunales chilenos tienen facultades jurisdiccionales. Sin embargo, solo algunos de ellos tienen otro tipo de facultades, como las no contenciosas o voluntarias o bien conservadoras y económicas. Todos tienen facultades disciplinarias respecto a las partes y terceros que participan en alguna gestión judicial, pero solo los Tribunales Superiores de Justicia tienen facultades de control disciplinario respecto de los jueces y demás funcionarios judiciales. Examinaremos a continuación esas facultades.

CAPÍTULO PRIMERO

FACULTADES JURISDICCIONALES

Las facultades jurisdiccionales son las naturales u ordinarias de todos los tribunales de justicia. Un tribunal puede, eventualmente, tener otras facultades pero lo que es propio de todo tribunal de justicia es, precisamente, tener atribuida la facultad jurisdiccional.

A esta facultad es a la que se refiere el artículo 76 CPR: "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". La misma es repetida, desde el punto de vista jerárquico y no cronológico, por el artículo 1° del Código Orgánico de Tribunales: "La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley". Como se puede observar solo hay leves variaciones lingüísticas en la redacción de ambos artículos.

La disposición constitucional precedentemente citada suscita más de una duda interpretativa. Así, no sólo surge una incertidumbre interpretativa en lo que dice relación con las actividades de conocer y resolver, sino también respecto al ámbito material de las causas que debe conocer y resolver, esto es, qué ha de entenderse por *causas civiles y criminales*.

En mi concepto, esta última denominación no debe ser interpretada restrictiva y literalmente, sino que debe ser entendida como una fórmula general que involucra a todas las cuestiones jurídicas que deben ser conocidas por los tribunales de justicia y que no estén encomendadas por la propia Constitución a órganos específicos. Si se usó la expresión *causas civiles y criminales* ello obedece a razones históricas, pues es la fórmula que se utilizaba habitualmente a principios del siglo XIX en el derecho comparado y que expresaba el tipo de asuntos que conocían los tribunales de justicia.

Hay que tener presente que en el derecho continental de principios del XIX los tribunales solo conocían del contencioso civil y criminal, no existiendo un contencioso judicial administrativo ni constitucional. Con el correr del tiempo, la Jurisdicción, en cuanto poder independiente de los poderes políticos representativos, comenzó a conocer de cuestiones administrativas y constitucionales. Esa misma evolución se ha dado en el derecho chileno, la que, sin embargo, no se refleja en la fórmula que utiliza hasta el día de hoy el artículo 76 CPR.

De este modo, la fórmula que utiliza el artículo 76 CPR debe ser entendida como una cláusula general de Jurisdicción que recae en todo tribunal de justicia establecido por ley. Los tribunales de justicia en Chile son los únicos que pueden conocer, resolver y, si procede, hacer ejecutar lo juzgado, los asuntos o conflictos de relevancia jurídica, con efectos de irrevocabilidad.

La mayor apertura de la fórmula empleada por nuestra Constitución se produce por el lado del concepto *causas civiles*. Habitualmente, se entiende por estas como todas aquellas que no son criminales, cualquiera sea el tribunal que conozca de ellas. Por lo tanto, se podría decir que el concepto *causas civiles* incluye aquellas estrictamente civiles referidas a conflictos entre privados y regidas por códigos y leyes de derecho privado (Código Civil, Código de Comercio, otros códigos y leyes especiales) así como aquellas civiles -en un sentido amplio- donde se pueden incluir todas las que no caen en una definición estricta de *causa civil* ni tampoco *criminal*, pudiendo incluirse las laborales, tributarias, de minería, administrativas, etc.

Ahora bien, por conocer y resolver las causas civiles y criminales se entiende generalmente, como ya ha sido analizado, como sinónimo de una operación más general que consiste en resolver conflictos jurídicos. Dicho de otra manera, la función de los tribunales de justicia consiste en resolver por medio del proceso la confrontación de pretensiones y resistencias o un conflicto intersubjetivo de intereses.

Resolver supone algo lógicamente anterior que es conocer. Y básicamente los tribunales conocen de hechos. En este sentido, la función del juez, desde otro punto de vista, es en primer lugar cognoscitiva. El ejercicio jurisdiccional es y sigue siendo, en nuestra tradición legal, esencialmente cognoscitivo.

¿Qué y cómo conocen los jueces y tribunales? En primer, conocen de hechos que las partes introducen al proceso, generalmente en la demanda judicial y su contestación por el demandado. Y esta aportación de hechos solo la realizan las partes. Solo ellas están en condiciones de conocer los hechos sobre los cuales quieren obtener algún beneficio jurídico ante los tribunales de justicia. Hay ahí un tema de capacidad de conocer. Los jueces no están en condiciones de conocer los hechos respecto a los cuales las personas y luego las partes tienen una controversia. Pero aun en el caso remoto de que los jueces puedan conocer los hechos por los cuales las personas litigan ante un tribunal de justicia, ese juez no los puede invocar en juicio pues, de otro modo, se podría afectar los derechos de las partes. Asimismo, ese juez podría perder la imparcialidad necesaria para juzgar según derecho esa causa.

Hay que tener presente que el conocimiento judicial se realiza en el contexto de un proceso que involucra siempre a dos partes amparadas por la garantía del debido proceso. Ese debido proceso comprende entre otros aspectos la plena posibilidad de ejercer en términos de plena igualdad para ambas partes el derecho de defensa frente a un tercero independiente e imparcial como lo es el tribunal.

Este conocimiento que es propio de la Jurisdicción, no se opone a que de manera previa otros órganos no jurisdiccionales realicen actividades cognoscitivas, como podría ser la que se desarrolla en el marco de una investigación judicial por parte del Ministerio Público o una investigación realizada por alguna repartición administrativa.

Dicho lo anterior, hay que señalar que el juez puede conocer de los hechos, ya sea en los escritos de las partes o bien en sus alegaciones orales. Esta distinta manera de conocer es expresión de dos formas del procedimiento judicial. Y estas formas llevan a otras consecuencias de la actividad jurisdiccional; por ello se eleva a la calidad de principios procesales: principio de oralidad y principio de escritura.

I La actividad del juez de conocer y resolver a través de la forma oral y la escrita

Cuando se hace referencia a la oralidad se incluyen otros que se derivan de ella, como lo son los principios procedimentales de inmediación, concentración y publicidad. A su vez, del principio de escritura se derivan los de mediación, dispersión, preclusión y secreto (de facto).

Sin embargo, la experiencia comparada muestra que nunca han existido procedimientos completamente orales o escritos, por lo que la oralidad y escritura serán un problema de límites; cuándo prevalece una característica sobre la otra.

Después de casi diez siglos de predominio de la escritura en el proceso de la Europa continental, el siglo XIX vio aparecer un movimiento tendente a la oralidad, que se reflejó con mayor fuerza en los procesos penales, sin que faltaran muestras en el proceso civil. El primer código procesal civil que abandonó la escritura fue el Código de Procedimiento Civil de Hannover de 1850, pero se deben destacar muy singularmente las ordenanzas procesales civiles alemanas de 1877 y austríaca de 1895.

1 Oralidad

El principio de oralidad significa, en primer lugar, que en los actos procesales predomina lo hablado sobre lo escrito, como medio de expresión y comunicación entre los diferentes sujetos que intervienen en el proceso. No cabría admitir, de este modo, que el momento típico para distinguir entre un procedimiento oral y otro escrito sea el de las actuaciones de las partes referidas a la presentación de la pretensión y la resistencia. Tal interpretación conduciría a que en un proceso civil en el que la demanda y la contestación se hicieran por escrito –pero en el que todos los demás actos fueran orales– habría de ser calificado de escrito. El predominio del acto procesal oral no puede impedir la existencia de actos escritos, sea cual fuere el contenido de estos.

Si hubiera que destacar algo que normalmente caracteriza al procedimiento oral, ello radicaría en que tal procedimiento consta de una audiencia oral en la cual el juez se pone en relación directa con las pruebas personales (testigos y peritos) y con las partes, sin perjuicio de que esta audiencia haya sido preparada por una serie de actos escritos, en los cuales incluso puede haberse interpuesto la pretensión y opuesto la resistencia.

De la oralidad se derivan los siguientes principios:

a) Inmediación

La oralidad implica, necesariamente, inmediación, esto es, la exigencia de que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las personas que intervienen en el proceso, sin que exista entre ellos elemento alguno interpuesto. Esta exigencia es particularmente importante con relación a las pruebas, hasta el extremo de que, normalmente, se ha venido concibiendo la inmediación solamente como la exigencia de que el juez que ha de pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas. En algunos casos se habla de inmediación cuando en realidad se trata únicamente de la imposición legal de que el juez presida el acto de práctica de la prueba, sin perjuicio de que luego pueda ser otro el que dicte la sentencia. Habría que distinguir entre la verdadera inmediación y esa presencia del juez, que son cosas bien diferentes. La inmediación sólo se da cuando quien dicta la sentencia ha de haber estado presente en la práctica de la prueba y forma su convicción con lo visto y oído y no con el reflejo documental del acto de prueba.

La inmediación es parte esencial del procedimiento oral, tanto que puede afirmarse que no se trataría de principios distintos y autónomos, sino de los dos aspectos de una misma realidad. Uno de los efectos de la inmediación es la imposibilidad de que se produzcan cambios en las personas físicas que componen el órgano jurisdiccional durante la tramitación de la causa y, en especial, que sólo pueden concurrir a dictar la sentencia los magistrados ante los que se ha desarrollado la audiencia oral en la que el juez o tribunal se pone en relación directa con las pruebas y con las partes.

b) Concentración

Decir *oralidad* es decir también *concentración*. Esta supone que los actos procesales deben desarrollarse en una sola audiencia o, en todo caso, en unas pocas audiencias próximas temporalmente entre sí, con el objetivo evidente de que las manifestaciones realizadas de palabra por las partes ante el juez y las pruebas permanezcan fielmente en la memoria de éste a la hora de dictar sentencia. Se puede decir que el ideal de todo procedimiento es la concentración en una sola audiencia de todos los alegatos de las partes, de la proposición y práctica de las pruebas e incluso de la resolución del caso. Si bien se puede convenir que tal ideal será en la mayoría de los casos imposible de alcanzar, debería servir como ideal que oriente la actividad del legislador y del propio órgano jurisdiccional.

Se acostumbra a señalar que la concentración es la principal característica exterior del proceso oral. Al mismo tiempo, se ha señalado su influencia sobre la brevedad de los pleitos, frente a la escritura que supone necesariamente dispersión de los actos procesales en el tiempo. De este modo, se ha señalado por un sector de la doctrina que si las mayores ventajas del procedimiento oral obedecen al principio de concentración, sería preferible hablar de proceso concentrado en vez de proceso oral.

Otro aspecto de la concentración es el relativo a las cuestiones incidentales, las que se deben concentrar en el acto único de la audiencia para que pueda decidirse de todas ellas conjuntamente, sin que la decisión de fondo pueda ser dilatada, ya que, de lo contrario, se afectaría la duración del proceso.

c) Publicidad

La publicidad de los procesos fue una de las reivindicaciones de los pensadores y políticos ilustrados frente al secreto que prevalecía en la justicia

del enjuiciamiento inquisitivo, calificada de arbitraria y discriminatoria propia de un sistema de opresión y de desconocimiento de la libertad.

Los revolucionarios franceses acogieron el principio de publicidad en los decretos de 8-9 de octubre de 1789 y de 16-29 de septiembre de 1791, como remedio frente a la parcialidad y corrupción judicial.

Su general reconocimiento como una de las principales exigencias del debido proceso viene sancionado en la gran mayoría de los instrumentos internacionales.

¿Cómo ha de entenderse la publicidad? La publicidad procesal expresa el derecho a la inmediata percepción de las actuaciones verificadas por y ante el tribunal por personas que no forman parte del mismo. Se extiende a las pruebas, vistas y sentencias, con la general salvedad de las deliberaciones del tribunal, sin olvidar el acceso de los interesados a las actuaciones y a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado. Implica, además, la subsiguiente obligación de habilitar locales con las condiciones precisas para su vigencia.

Existen variados criterios clasificatorios de la publicidad. Se puede partir de la *espacial*, instrumental o concerniente al lugar en que se desarrolle el proceso, y de la *personal*, la que puede predicarse sólo de los sujetos intervinientes en el proceso o también de los terceros al mismo. Es este último extremo, cabe destacar la publicidad inmediata y la mediata, dependiendo de si la percepción de los actos procesales tiene esta calidad por asistencia personal a su desarrollo o bien cuando tal percepción se produce por vía indirecta (prensa, televisión, radio, etcétera).

Hoy en día, se viene señalando por un sector de la doctrina comparada (Pedraz, 2000) que la publicidad, en sentido estricto, se correspondería con la publicidad general, esto es, accesibilidad para todos; mientras que la publicidad referida a las partes y sujetos procesales se reconduciría al principio de contradicción y audiencia como componentes del derecho al debido proceso.

Son claves en la publicidad en sentido estricto, ya denominada exógena o externa, los extremos siguientes: en primer lugar, el imperativo de intermediación, por lo que no es suficiente la presencia de periodistas que más tarde pudieran informar a la colectividad; en segundo lugar, los límites a la publicidad deberían establecerse siempre por ley, y estar justificados siempre por la tutela de otro bien constitucionalmente relevante y que ha de acordarse

motivadamente por el juez ponderando su proporcionalidad; en tercer lugar, es compatible con medidas de seguridad que pueden conducir a limitar el acceso a las sesiones del juicio, en función de la capacidad de la sala o a exigencias de orden de la misma; y, en cuarto lugar, especialmente interesados con la publicidad serán las partes y sujetos del proceso, en cuanto favorecidos por la presencia de la ciudadanía como protección frente a una justicia hermética; así también, todos los ciudadanos, interesados en el enjuiciamiento y decisión de las causas conforme a ley.

La publicidad no se satisface con la mera presencia de terceros, sino que requiere, desde su teleología, la posibilidad de que se comprenda lo que está teniendo lugar; de aquí la pertinente crítica al críptico lenguaje procesal y a la difícil comprensión del transcurso procesal que impiden o anulan el propósito de esta garantía al convertir el enjuiciamiento en inescrutable.

¿Cuál es el sentido de la publicidad en los días actuales? Recordemos que el origen del principio de la publicidad procesal se encuentra en el movimiento ilustrado y en el liberalismo político, de modo de constituirse como importante instrumento social de control de la aplicación judicial de la ley (de su recta observancia). Tales objetivos se alcanzaban desde el presupuesto de la cognoscibilidad del derecho por todos los ciudadanos, según postulaba el movimiento codificador. Sin embargo, hay que reconocer un progresivo distanciamiento del derecho y de la ley con la consiguiente complejidad de ésta, cada vez más especializada, con un lenguaje técnico; todo lo cual dificulta e impide, en algunos casos, un control de su generalidad y, por tanto, de su legitimidad. En este sentido, el público, el espectador no jurista, no entiende ni la norma material ni la procesal. ¿Qué alcance puede tener una accesibilidad general cuando la ley ya no es conocida por todos?

Hoy en día la publicidad, sostienen algunos autores, no tiene ya un sentido de creación de libertad, sino que tendría un rol de propaganda, esto es, como instrumento desde la actuación judicial para mantener la paz y seguridad públicas. En este sentido, puede afirmarse que la publicidad ha dejado de ser un medio de verificación inmediata de la actividad judicial, para transformarse en control desde el espectáculo, el *show* judicial. Ejemplo de esto es que en los Estados Unidos de Norteamérica existen cadenas de televisión especializadas en la retransmisión de juicios reales.

Sin embargo, otros postulan que la publicidad debe ser valorada principalmente como instrumento de lucha por la transparencia que debe

tener toda la actividad del Estado; del mismo modo, otros consideran su rol educativo social.

Sea cual sea el fin de la publicidad, se la ve como un valor importante en la sociedad actual y nadie osaría eliminarla.

2 Escritura

A partir del siglo XII, el principio de escritura dominó en el proceso europeo. Las razones de ello son muy variadas, pero posiblemente una de ellas fue la que Inocencio III expuso en la famosa decretal de 1216, donde se trataba de proteger a las partes contra *falsam assertionem iniqui iudicis*, esto es, contra los jueces inicuos, como manifestación de la desconfianza respecto de ellos. El juez tendría que basarse para decidir un asunto en lo que constaba en la causa por escrito y, a partir de ahí, surgía la posibilidad de que, por medio de los recursos, se pudiera controlar su actividad. Este sistema predominó en toda Europa hasta el siglo XIX. En Chile, hasta antes de la importante reforma del proceso penal del año 2000, estaba mayoritariamente en la base de la generalidad de los procedimientos.

En el procedimiento escrito no es que no existan algunas actuaciones judiciales orales, pero estas cumplirían una función accesorias, hasta el punto de que, normalmente, su realización no es obligatoria, puesto que suele depender de la voluntad de las partes, o del tribunal, su sustitución por actos escritos.

A su vez, en un procedimiento oral se procede a la documentación del acto realizado y ello no supone vulneración de la oralidad; lo importante es que el juez, a la hora de dictar la resolución, no se basará en el acta realizada para documentar el acto oral, sino directamente en el acto oral. Por el contrario, en un procedimiento escrito el acta no es simple documentación de un acto oral, sino que la ley impone que el juez dicte su resolución tomando como elemento del juicio el acta.

De la escritura se derivan:

a) Mediación

La escritura implica necesariamente mediación, esto es, que entre el juez y las pruebas, principalmente, existe algún elemento interpuesto, por lo que el juez que ha de dictar sentencia no necesita haber presenciado la práctica de

las pruebas, ya que su decisión ha de basarse no en lo visto y oído, sino en lo que consta por escrito. Hay que tener clara la distinción entre inmediatez y el mandato legal de que un juez presida la práctica de las pruebas. La inmediatez hace referencia a que el juez forma su convicción directamente sobre lo visto y oído (no sobre las actas en que se documenta la realización de los actos de prueba), y de ahí la necesidad de que dicte sentencia precisamente quien ha presidido la práctica de las pruebas. Por el contrario, el que la ley disponga simplemente que un juez debe presidir los actos de prueba no guarda relación con la inmediatez si luego se permiten los cambios de juez a lo largo del proceso; este mandato atiende a dar seriedad o formalidad a unos actos e impone a los jueces un deber, pero sin relación con la verdadera inmediatez. Esta situación queda perfectamente reflejada en el inciso 1º del artículo 365 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto dispone que: "Los testigos serán interrogados personalmente por el juez, y si el tribunal es colegiado, por uno de sus ministros a presencia de las partes y de sus abogados, si concurren al acto".

Esta norma no ha supuesto introducir la inmediatez al procedimiento civil chileno.

b) Dispersión, orden consecutivo legal y preclusión

La alternativa de la concentración es la dispersión en el tiempo de los actos procesales. Frente al acto único y concentrado del procedimiento oral, el procedimiento escrito exige que se establezcan una serie de espacios de tiempo para que cada parte realice el correspondiente escrito, se presente ante el tribunal y este lo comunique a la otra parte, y lo mismo cabe decir de las resoluciones del juez. El procedimiento se dispersa así en fases o tiempos. La dispersión de los actos procesales en el tiempo se establece para que estos se desarrollen ordenadamente, estableciéndose legalmente un orden de sucesión de los actos, lo que conduce a la preclusión y a la acumulación eventual.

La preclusión significa que dentro de las distintas fases o tiempos del procedimiento se ha de realizar un acto concreto con contenido determinado; de tal manera que si la parte no lo realiza oportunamente pierde la posibilidad de realizarlo. Por ejemplo, la ley procesal civil chilena establece un plazo para contestar la demanda, y si el demandado no aprovecha la posibilidad que le concede la ley, no podrá ya realizar las alegaciones propias de la contestación a la demanda; y lo mismo cabe decir de la proposición de prueba o de cualquier otro acto con su contenido propio. Es evidente que una cierta preclusión ha de encontrarse en todos los procedimientos, sean cuales fueren los principios

básicos que los informen, pero en el procedimiento escrito la preclusión es el único sistema para hacer avanzar el proceso con cierto orden. La preclusión más el impulso de oficio, hace que los procedimientos, una vez puestos en movimiento, lleguen a su final.

En todo caso, la preclusión opera frente a las partes y no frente al órgano jurisdiccional. Si el juez tiene un plazo para dictar sentencia, establecido por la ley, el mero transcurso de ese plazo no puede suponer que precluya el deber del juez de dictarla. El incumplimiento de los plazos por el juez, o por los miembros del tribunal, constituye una eventual causa de responsabilidad disciplinaria, pero no preclusión. De este modo, puede decirse que sólo puede caducar un derecho a realizar un acto procesal, pero no se puede decir que precluye el deber de realizar un determinado acto procesal.

La acumulación eventual expresa la idea de que las partes deben acumular todos los medios de defensa de que dispongan en cada una de las fases o etapas del procedimiento. Esta es la razón de que, por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil disponga en su artículo 314 que la reconvencción sólo puede oponerse en el escrito de contestación a la demanda.

La dispersión, preclusión y acumulación eventual tiene completa vigencia en el proceso civil chileno.

c) *Secreto (de facto) y publicidad (de iure)*

Sin perjuicio de que el artículo 9° del Código Orgánico de Tribunales disponga que “los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas en la ley”, sucede que, en la práctica y sin expresa excepción hecha por el legislador, el procedimiento escrito conduce al secreto. En efecto, todo el procedimiento consiste en que las partes presentan escritos en el juzgado o tribunal y en que el juez dicte los proveídos necesarios, y a estos trámites no puede tener acceso al público por razones evidentes; a lo más, se podría presenciar la entrega de dichos escritos. De esta manera, sin tener conocimiento del contenido de los escritos, el presenciar la práctica de una prueba o una vista se convierte en algo ininteligible para el público, ya que no conoce los términos de lo discutido ante el tribunal.

Ahora bien, nada de ello impide que los ciudadanos tengan acceso a los expedientes judiciales donde están consignados los escritos de las partes y las declaraciones de testigos y demás medios probatorios. Hay ahí un germen de publicidad.

3 Consideraciones sobre la oralidad y la escritura

La discusión en torno a las ventajas e inconvenientes de la oralidad o escritura ha producido una abundante bibliografía en el derecho comparado y chileno. Hoy en día, se señala por algunos autores que es evidente que la oralidad no puede suponer la regulación de procedimientos totalmente orales. Entre oralidad y escritura no cabe hablar de exclusividades, sino que cabe observar si prevalece una u otra forma. No todos los procedimientos pueden ser orales, pero hoy en día la legislación procesal comparada tiende hacia la oralidad.

En algunos procesos o fases del mismo, la oralidad no añade nada y, por el contrario, puede perturbar su tramitación; por ejemplo, un recurso en que se trate simplemente de controlar la regularidad procedimental de lo actuado, para lo que basta tomar en consideración las actuaciones mismas, no es conveniente que sea oral. En sentido contrario, la oralidad adquiere verdadero significado cuando se trata de un proceso en el que se debate sobre los hechos y en el que ha de practicarse prueba predominantemente no documental.

La introducción de la oralidad tiene sus inconvenientes prácticos. Se dice que la oralidad es más cara que la escritura, puesto que requiere de más medios personales y materiales. A ello hay que agregar la costumbre arraigada de jueces y abogados a los procedimientos escritos, por lo que no es fácil la introducción de la oralidad.

En Chile, en los distintos tipos de procedimientos regulados por el legislador se ha consagrado la oralidad de una manera tal que incluya una fase previa esencialmente escrita y luego dos fases orales (audiencia preliminar, audiencia de juicio). El prototipo nacional está acorde con un ideal de eficiencia del proceso, en la medida en que la escrituración de los actos introductorios permite que los letrados desarrollen de mejor forma su defensa, al disponer de más tiempo para la reflexión sobre todos los aspectos relacionados con el debate. Este tiempo es especialmente importante cuando el asunto versa sobre controversias de cierta complejidad (fáctica o jurídica) que exigen un análisis más detallado que un caso normal.

La escrituración del debate ayuda a reafirmar la estructura dialéctica del proceso, tanto para la adecuada defensa de los litigantes como para la decisión fundamentada que debe dar el juez a las proposiciones contrapuestas de las partes. La escritura facilita la tarea del tribunal al momento de dialogar con los argumentos planteados por los litigantes. Pero, además, otorga seguridad

6 · Para el derecho nacional véase el trabajo sobre la oralidad de Bordalí y Hunter (2013), que en lo esencial se resume en estas páginas.

jurídica a la determinación del objeto. La voluntad de los ciudadanos queda plasmada en los escritos alegatorios que contienen la pretensión (causa y objeto pedido), otorgando esa mediación escrita un fuerte grado de seguridad en los extremos de la litis.

La segunda etapa del modelo trifásico tiene lugar con la llamada audiencia preliminar, también conocida en el proceso penal como audiencia de preparación del juicio oral. Esta audiencia tiene una forma esencialmente oral y en ella se materializan una serie de actividades ligadas a los aspectos formales del procedimiento y a la prueba. Excepcionalmente, también pueden desarrollarse tareas relativas a la aclaración y rectificación del material fáctico introducido por medio de los actos alegatorios, pero tienen un impacto marginal en la determinación del objeto.

Entre algunos de los objetivos de esta audiencia está la resolución y, en su caso, la subsanación de las cuestiones formales o procedimentales, ya sea que se hayan hecho valer por las partes o que puedan ser revisadas de oficio por el juez; se tienta a las partes a lograr una conciliación que permita eludir el dictado de la sentencia; se fija en forma definitiva e inmutable del objeto del pleito, especialmente, la causa de pedir y el objeto pedido; se define el *thema probandi*, mediante la indicación de los hechos sustanciales y pertinentes que sea necesario probar en base a las alegaciones formuladas por los litigantes, y, en fin, se propone por el juez o las partes las convenciones probatorias.

Sin lugar a dudas, la audiencia preliminar constituye el momento clave para la preparación del juicio oral, fundamentalmente por la relevancia que posee en la conformación del material probatorio. Todo este conjunto de actividades se hace en forma oral, es decir, mediante un debate y discusión entre las partes en presencia y con una activa participación del juez, quien además de presidir la audiencia tiene la misión de tomar importantes decisiones que influyen directamente sobre la suerte de la litis. Por consiguiente, asume un rol preponderante y activo que lo lleva incluso a fomentar el diálogo entre los contradictores para lograr una mejor decisión.

Bajo esta perspectiva, no cabe duda que la oralidad es un factor esencial y necesario para desarrollar esta audiencia de forma eficiente. Si la discusión que se genera entre partes y el juez, y las decisiones acerca de la admisibilidad de cada medio de prueba fuesen desarrolladas a través de un intercambio de escritos, el tiempo que se demandaría sería mucho mayor al desarrollo mismo de la audiencia oral. La oralidad permite efectuar un diálogo que de manera escrita sería mucho más engorroso y difícil, y, por tal motivo, menos eficiente.

Quizá el principal inconveniente de nuestro sistema procesal con relación a la audiencia preliminar es su carácter insustituible, independiente de la naturaleza, clase o complejidad del conflicto de que se trate. La oralidad que impregna la audiencia preliminar es buena en términos de eficiencia cuando el proceso no tiene un desarrollo complejo y cuando las partes y el juez pueden desplegar sus argumentos sin mayores dificultades. Pero en casos complejos, donde se requiere un grado más acabado de meditación y estudio de las circunstancias, la oralidad no resulta del todo eficiente, puesto que impide la necesaria reflexión de las partes.

En este aspecto, sería adecuado avanzar hacia los extremos donde la escritura sí brinda una solución más eficiente desde el punto de vista de la calidad de las decisiones, especialmente cuando se trata de asegurar una respuesta adecuada desde una pretendida equivalencia en la propuesta probatoria. Si la parte demandada sabe cuáles serán las pruebas en que se basa una pretensión, entonces podrá reaccionar efectivamente en términos de lograr una equivalencia en la actividad probatoria. Por ende, parece acertado el modelo que se pretende introducir en el nuevo Código Procesal Civil de exigir a los litigantes la indicación en la demanda de los medios de prueba que pretenden valerse, junto al acompañamiento de la prueba documental. En estos casos, la discusión oral que se realiza en la audiencia preliminar tiene por objeto únicamente determinar si la prueba, ofrecida en forma escrita, reúne las condiciones de pertinencia y relevancia para ser admitida. El ofrecimiento escrito de la prueba en forma previa a la audiencia otorga un mayor tiempo y espacio para el discernimiento acerca de su pertinencia y utilidad, asegurando -al menos en teoría- un posterior desarrollo oral de los argumentos de las partes.

La última etapa está constituida por la audiencia de juicio que representa el máximo momento de la oralidad como forma del procedimiento. En esta audiencia se recibe la prueba, siendo esencial para su validez la presencia inmediata del juez, de manera que la decisión del tribunal debe fundarse en el material informativo que ahí se produce. La audiencia de juicio sirve como garantía del justiciable en un doble sentido: en primer lugar, asegura que la decisión jurisdiccional se fundará en las pruebas que se han practicado en esta audiencia y que, por lo tanto, han sido objeto de un control de parte de aquellos a quienes el contenido de esa prueba puede perjudicar. En segundo lugar, asegura que la decisión va a ser adoptada por el mismo juez o tribunal que presenció la práctica de la prueba, sin que pueda haber delegación de funciones.

Estas ventajas aparecen legalmente previstas como verdaderos deberes para el juzgador y son comunes para todos los procedimientos orales: así se dispone para el proceso penal (Art. 296 CPP), el proceso de familia (artículos 65 y 66 bis LTF) y del trabajo (artículos 427, 457 y 460 CT). Además, está prevista en el nuevo Código Procesal Civil.

Si puede existir en la doctrina del Derecho Procesal una lucha acerca de la necesidad de introducir la oralidad en los juicios, esta cobra sentido cuando se trata de la práctica de las pruebas por constituir, esto es, la declaración de parte, los testigos y la pericial. Cuando el asunto puede ser resuelto únicamente recurriendo a la prueba documental, entonces el desarrollo de una audiencia oral carece de todo sentido, siendo más racional permitir que las partes desarrollen en forma escrita el control sobre el contenido de la prueba documental.

Ahora bien, la audiencia de juicio como momento clave para la introducción de la prueba por constituir, se encuentra empapada de ciertos principios como los de bilateralidad de la audiencia, oralidad, publicidad, inmediación, concentración, continuidad y dirección de oficio por el tribunal. Acerca de estos principios vale la pena hacer dos comentarios.

En primer lugar, es común observar la exigencia de que el juez pronuncie de inmediato su decisión una vez finalizada la audiencia de juicio. Esta exigencia encontraría su fundamento en la indispensable continuidad, concentración y celeridad del procedimiento que supone llevar un proceso oral. En otras palabras, un proceso para que pueda ser oral debería desarrollarse de manera concentrada, ojalá en una única o en dos audiencias lo más próximas entre sí sin interrupción y seguida de una decisión del juez de la causa.

Resulta palmario que para hacer frente a la tardanza que implica el desarrollo de un proceso con todas las garantías, la concentración de los actos de prueba permite la celeridad del procedimiento. Si los actos de prueba fuesen dispersos en el tiempo, además de hacer más dificultosa la tarea de decisión sobre los hechos, se generaría un retardo injustificado en la dictación de la sentencia definitiva. Pero esta celeridad no puede ser a costa de sacrificar la calidad y justicia de la decisión final; o sea, la concentración de los actos probatorios y la cercanía entre su percepción por el juez y la decisión no son valores intrínsecamente justos. En algunos casos obligar al juez a decidir con dudas fácticas o sin un análisis riguroso de todas las implicancias fácticas y jurídicas de la controversia puede significar una merma considerable en la posibilidad

de arribar a una sentencia justa. Tal posibilidad es propia de un juicio sencillo y no especialmente complejo.

Por ende, parece más razonable que el legislador entregue una herramienta al juez para que, en cada caso concreto, pondere tanto si va decidir de inmediato la contienda, una vez rendida la prueba en la audiencia de juicio, o sí, por el contrario, va a reflexionar en un mayor grado de tiempo sobre las distintas cuestiones fácticas de la controversia.

Si se hace una revisión histórica y doctrinaria acerca del significado y valor de la oralidad como concepto técnico del proceso (una mera forma del procedimiento) no existe mayor dificultad en identificar sus derivados: la inmediación, concentración y publicidad. Estas formas tendrían una valoración positiva y permitirían, aparentemente, arribar a una solución más justa. A idéntica conclusión se llega si se pregunta por el valor político de la oralidad en el Estado moderno y en la legitimidad de las decisiones judiciales que vienen precedidas de un procedimiento oral y público. Estos aspectos no son, sin embargo, parte de la justificación que desde siempre se ha tejido al alero de la oralidad. Más bien parecen ser parte de las razones que la doctrina ha asumido para construir un discurso político en torno a justificar la necesidad de implantar reformas basadas en la oralidad y en los valores que históricamente ha representado.

Se hace necesario señalar que existen algunas cuestiones que frecuentemente suelen acompañar a la oralidad: en primer lugar, el binomio oralidad-poderes del juez. En segundo término, otro actual y vigente que vincula la oralidad con una capacidad del juez para apreciar aspectos no necesariamente relacionados con relatos verbales sino con la conducta corporal de los intervinientes en juicio. Por último, la idea de que la oralidad se consagre como un principio del procedimiento. Es pertinente discutir críticamente estos tres aspectos relacionados con la oralidad.

a) Oralidad y poderes del juez

A partir de los postulados de Chiovenda (1930) sobre la oralidad de principios del siglo XX, se mantuvo la idea de que el proceso oral necesitaba siempre la articulación de un juez que asumiera un papel activo tanto en el quehacer netamente procesal (control de los tiempos y de la legalidad de los actos del proceso) como en la búsqueda del material probatorio necesario para conformar la decisión. Se señala que así como la escritura se identificó con un juez eminentemente espectador y pasivo, desprovisto de todo poder formal

o material, la oralidad requiere un modelo diferente en que el juez desarrolle una actividad procesal dinámica en la recopilación del material probatorio necesario para formar su convicción sobre los hechos. Si la consigna era abandonar la forma escrita por lenta, formalista y engorrosa, entonces también había que huir del juez pasivo, despreocupado e indiferente al resultado del proceso.

Chile, por cierto, hoy en día, no es una excepción a la consagración del binomio poderes del juez-oralidad, con la exclusiva excepción del proceso penal que se centra más bien en una comprensión a ultranza de la idea adversarial como método necesario y suficiente para descubrir la verdad de las proposiciones fácticas.

Pero la relación entre oralidad y poderes del juez no es necesaria. El atribuir más poderes al juez corresponde en realidad a una opción política-procesal ligada a la función de la Jurisdicción en el Estado moderno y a un decidido interés del aparato estatal en asegurar a los ciudadanos una correcta y eficaz tutela de sus derechos. La tutela jurisdiccional no puede ser considerada justa si no se afirma que los hechos que se declaran probados en una sentencia, y que son el presupuesto fáctico de la norma jurídica que adjudica el caso, deben aproximarse en términos de correspondencia con la verdad. En este sentido, sólo entendiendo que la estructura del proceso se encamina hacia una decisión fundada en la verdad y, por ende, a una decisión justa, es posible justificar la iniciativa probatoria del juez. Si el órgano jurisdiccional asume un papel activo en la recopilación del material de conocimiento, trayendo al proceso aquellas fuentes de prueba que, por no ofrecer una expectativa razonable de resultado favorable, los litigantes han decidido -legítimamente- omitir, entonces no cabe duda de que la posibilidad de acercar el resultado de la prueba a la verdad será más factible. Se trata, por cierto, de un rol complementario y residual, destinado a completar el haz probatorio con todo aquello que pueda ser útil desde el punto de vista epistemológico.

Pero la decisión de dar iniciativa probatoria al juez debe enmarcarse dentro de un contexto de pleno respeto a los derechos fundamentales, especialmente, a los de corte procesal como la imparcialidad y el derecho de defensa.

La falta de conexión necesaria del binomio oralidad-poderes del juez puede demostrarse fácilmente si se revisa la realidad chilena. En nuestro país, el procedimiento civil patrimonial se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Civil que data del año 1902. Este procedimiento tiene un marcado carácter escrito, puesto que tanto la fase donde queda fijado el

objeto del proceso como la prueba son mediadas por la escritura, sin que existan espacios para la oralidad en sentido estricto. Sin embargo, el juez civil chileno viene dotado de amplias potestades tanto formales como probatorias. Así, está autorizado para decretar de oficio la prueba pericial en cualquier estado de juicio (Art. 412 CPC). Luego, si tiene dudas acerca de la eficacia de la prueba para determinar la existencia de un hecho, puede decretar las medidas para mejor resolver con la finalidad de disipar esa duda, pudiendo valerse -prácticamente- de toda clase de medios de prueba (Art. 159 CPC). En el ámbito formal, está autorizado para decretar de oficio la nulidad de las actuaciones procesales cuando así expresamente lo señale la ley o cuando se irroque a las partes un perjuicio (Art. 84 inciso 1° CPC). Puede corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del procedimiento y adoptar las medidas necesarias para evitar su nulidad (Art. 84 inciso 3° CPC). En cuanto al impulso procesal, si bien no hay una norma general que entregue al juez el deber de llevar el juicio a término, sí existen disposiciones que conceden al órgano judicial el impulso en algunas actuaciones concretas; es el caso de las rebeldías (Art. 78 CPC), de la conciliación (Art. 262 CPC), la recepción de la causa a prueba (Art. 318 inciso 1° CPC), etc. Bajo esta perspectiva, es claro que los poderes del juez no se vinculan necesariamente con la oralidad.

Otra cosa muy diferente es que los jueces civiles hayan sido (y aún lo sean) particularmente reacios a practicar prueba de oficio o a manejar el andar procesal, esto es, no han empleado sus poderes para lograr una rápida y eficaz justicia. Pero esta falta de utilización es una cuestión que obedece, más bien, a una errónea recepción del principio dispositivo en el ordenamiento nacional, que a una configuración esencialmente escrita o mediada del procedimiento.

De esta manera, se puede concluir que el incremento de los poderes del juez no guarda ni ha guardado relación con el carácter oral del procedimiento, sino con opciones acerca de la función jurisdiccional en un Estado moderno. De ahí que los ordenamientos que ven a sus tribunales como servicios públicos que tienen por función resolver conflictos jurídicamente relevantes han restringido considerablemente la actividad probatoria del juez. En estos sistemas, la Jurisdicción tiene por finalidad primordial -y quizá única- lograr la paz social mediante la extirpación del conflicto, no adjudicando a la decisión final ningún valor adicional a su carácter de acto de autoridad. En este modelo la justicia de la decisión tiene un carácter formal y no sustancial, en la medida en que se considera justa aquella decisión que viene precedida del cumplimiento de los trámites legalmente establecidos. No es, por tanto,

la verdad de los hechos lo que se debe perseguir por medio del proceso, sino simplemente la formulación de una decisión, independiente de su contenido.

b) Valor instrumental de la oralidad: ¿instrumento de psicología probatoria o instrumento cognoscitivo?

Es necesario hacerse cargo de otra idea que rodea a la oralidad. Se trata de aquella que afirma que el contacto e intervención directa del juez con la prueba le permite observar y valorar aspectos de la prueba que no se contienen o reflejan con las declaraciones verbales de los intervinientes. De este modo, la oralidad permite percibir el lenguaje corporal de los testigos o de la parte, lo que permite evaluar la fiabilidad de las pruebas. En otras palabras, solo en un contexto donde el juez se ponga en directo contacto con los testigos, partes y peritos es posible desarrollar una evaluación íntegra y certera de la credibilidad de la prueba. Esta posición sostiene que no se puede ignorar los actos de comportamiento que acompañaban a toda declaración testimonial. Estos actos, si bien no son estrictamente representativos del hecho a probar, son susceptibles de ser valorados como pruebas indirectas o indicios de la veracidad del testigo y de la verdad del hecho por él narrado. En tal esquema, estos indicios tienen una tal eficacia de convicción que descuidarlos significaría cerrar los ojos frente a la verdad.

Esta tesis sostiene que el juez es capaz de verificar la credibilidad de los testigos observando directamente su comportamiento, analizando cómo habla, cómo responde, su actitud temerosa o respetuosa con la autoridad, entre otros aspectos.

A esta visión de la oralidad se une una concepción subjetivista de la valoración de la prueba que apela a la convicción moral del juez acerca de la existencia del hecho como único criterio relevante para declararlo probado en la sentencia. Por ende, no es de extrañar que aquellos signos externos que adornan una declaración sean considerados factores tan relevantes como el acto informativo mismo y, como tales, son elementos que permiten determinar el grado de credibilidad del testimonio para convencer al juez de la verdad de un hecho.

Ahora bien, esta concepción de la oralidad es bastante criticable, en la medida que asume que en la producción de las pruebas se permite alcanzar algo más que el acto meramente informativo, un valor agregado distinto a la declaración de la parte o del testigo que puede ser valorado por el juez como elemento de juicio. Por el contrario, la oralidad no debería significar que el

juez esté autorizado para valorar el carácter informativo de una declaración de hechos más allá del grado de confirmación epistémica que presta a una hipótesis fáctica. Hay que señalar, por lo demás, que los jueces, en general, no están preparados para la denominada *psicología del testimonio*; a lo más pueden utilizar alguna experiencia que hayan tenido desde su posición de jueces, cuestión que no los habilita para realizar excursiones inescrutables en la mente de los testigos que están basadas en valoraciones apriorísticas, en prejuicios y predisposiciones. Un juez no está en condiciones de dar un valor epistémico a los signos o circunstancias externas que acompañan a la declaración.

En síntesis, sólo entendiéndolo que el contacto directo e inmediato del juez con la prueba no genera un plus al valor epistémico de los elementos de juicio, es posible dar un correcto sentido a la oralidad. La importancia, por tanto, de la oralidad no reside en poder valorar el comportamiento conductual de los testigos y partes, sino que recae en el constituir un poderoso instrumento cognoscitivo para conocer y decidir de mejor manera. La oralidad le permite al juez estar presente en la rendición de las pruebas y debería permitirle, previa mediación legislativa, participar junto a las partes en la rendición de las pruebas, pidiendo aclaraciones, formulando preguntas y repreguntando. Todo ello partiendo de la idea central de que el proceso es un diálogo civilizado entre tres sujetos: demandante, demandado y juez. Cada uno con sus derechos, deberes y roles, pero que en su actuación mancomunada permite decidir con eficacia y justicia. Pero en todo esto debe tenerse siempre presente que la oralidad es un instrumento cognoscitivo útil para comprender mejor, exclusivamente, los medios probatorios consistentes en declaraciones de testigos, partes y peritos.

c) La oralidad como principio del procedimiento

Otra de las ideas que han acompañado a la oralidad es su comprensión como un principio del procedimiento. Esta asociación es especialmente predicable de nuestros procedimientos judiciales donde la oralidad se encuentra consagrada como un principio del procedimiento, siendo la norma de clausura respecto a las formas del procedimiento.

Ahora bien, si se asume que la oralidad tiene un carácter instrumental, no puede ser considerada por sí sola ni buena ni mala; por ende, para saber su utilidad en términos de eficiencia habrá que determinarse el fin para el cual

pretende ser utilizada. La oralidad puede ser muy eficiente para alcanzar algunos objetivos del proceso, pero muy deficiente para otros; y, al contrario, la escritura puede ser eficiente para lograr, por ejemplo, la claridad y precisión en las posiciones fácticas y jurídicas de las partes que conforman el objeto del proceso, pero muy ineficiente para obtener una información completa y depurada de la declaración de los testigos, peritos o de los litigantes.

Esto que parece obvio, no lo es, sin embargo, para el diseño legislativo nacional, ya que la oralidad, en cuanto principio del procedimiento, viene a colmar los vacíos legales en la regulación de la forma de los actos del procedimiento (este es, al menos, uno de los fines que tradicionalmente la teoría general del derecho asigna a los principios). Esto significa que frente a un trámite procesal cuya forma no venga expresamente dispuesta por la ley, debe dársele la forma oral, con independencia de si ésta permite alcanzar más eficientemente el fin propuesto con el acto. Esta solución – que tiene el mérito de asegurar la presencia física del juzgador en todo el iter procesal – no es la más óptima desde la eficiencia del proceso, por lo cual, no parece aconsejable adoptarla como regla absoluta. Por el contrario, parece mucho más razonable entregar un poder general al juez para la determinación de la forma del acto procesal en aquellos casos en que la ley no prevea una forma precisa. Esta fórmula permitiría lograr un justo equilibrio entre los valores que se quieren garantizar por medio de la oralidad y los criterios de eficiencia que debe satisfacer un proceso orientado a la decisión justa y racional. Además, pone al binomio oralidad–escritura en la posición que realmente merece, esto es, como un simple elemento técnico del procedimiento destinado a servir de herramienta para lograr fines.

De acuerdo con lo señalado, la disputa entre oralidad y escritura debería resolverse sobre criterios de eficiencia del proceso, donde se combine la rapidez y economía del procedimiento con la posibilidad de alcanzar decisiones íntegramente informadas, correctas y fiables en todos los extremos de la disputa.

Para este objetivo, la oralidad y la inmediación juegan un rol preponderante en la facilitación de un mejor resultado epistémico de las pruebas practicadas. Pero no se trata de que constituya el único medio para realizar la contradicción de las argumentaciones y las pruebas. Por el contrario, por sí sola no garantiza absolutamente nada, menos aún respecto a la calidad de la información que se genere. A lo sumo permite que dichos objetivos sean alcanzados con una mayor eficiencia que lo que implicaría un intercambio de escritos.

Hay que entender, por lo tanto, que oralidad es una herramienta eficiente para depurar la información que arroja cada medio de prueba en particular, esto es, facilita el trabajo del juez o de los litigantes en el filtrado de la información y su posterior separación de los elementos que la puedan distorsionar. Permite que el dato fáctico que emana del medio de prueba pueda ser objeto de control por parte de quien ese dato perjudica, facilitando que la información que arroja cada medio de prueba pueda ser confrontada, aumentando o disminuyendo su grado de fiabilidad. La percepción directa e inmediata de la prueba por parte del juez es un fuerte acicate en el juego dialéctico que puedan desarrollar las partes para aumentar el grado de confirmación de sus hipótesis, puesto que tienen la genuina posibilidad de demostrar racionalmente la mayor o menor fiabilidad de sus pruebas. Esta característica pone a la oralidad en un pilar de eficiencia no sólo de simplicidad, tiempo y costos en la práctica de la prueba, sino además para obtener un mejor resultado probatorio al depurar y completar el grado de fiabilidad del material de conocimiento.

En simples palabras, la oralidad es epistemológicamente más eficiente que la escrituración. No asegura, pero al menos facilita, la toma de decisiones judiciales justas al enriquecer cualitativamente los elementos de juicio.

Por otra parte, tampoco cabe desconocer que la escrituración de las actuaciones de prueba como medio para lograr el conocimiento de los hechos puede generar importantes distorsiones en el material probatorio que pueden inducir a error en el grado de fiabilidad de las pruebas. Esto puede suceder especialmente cuando hay errores en la transcripción de las actas que son difíciles de solucionar.

II La facultad de resolver las causas judiciales

En virtud del principio de inexcusabilidad y de conformidad con lo que disponga el legislador, si se han cumplido todos los requisitos para el que el proceso judicial llegue a término y no poniéndole las partes fin negociando la controversia y disponiendo del procedimiento judicial, el juez debe fallar el asunto sometido a su conocimiento dictando la correspondiente sentencia.

La sentencia es uno de los tipos de resolución judicial a cuyo procedimiento de formación y a cuyos requisitos debe ajustarse el juez para resolver ciertas cuestiones. Cuando se trata de resolver sobre la cuestión o asunto debatido

en el proceso al término de éste, dicha sentencia toma el nombre de sentencia definitiva.

La sentencia definitiva puede definirse como el acto del juzgador en el que éste emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión procesal con el Derecho y, en consecuencia, decide estimarla o desestimaria poniendo fin al proceso.

La formación de la sentencia (Ortells, 2007) puede considerarse en su aspecto externo como interno. Externamente, se atiende a la serie de actos que debe realizar el juzgador para elaborar la sentencia. En los tribunales unipersonales la formación externa no aparece como una serie de actos. Se limita a la redacción y firma de la sentencia por el juez dentro del plazo legal. Otra cosa ocurre en los tribunales colegiados: para la formación de la sentencia la ley precisa regular el estudio de los autos por los ministros que conforman el tribunal colegiado, el desarrollo de la deliberación y votación, la redacción por el ministro designado por el tribunal y la firma por los ministros. Lo mismo ocurre ante los tribunales colegiados de primera instancia formados por jueces.

Por formación interna de la sentencia se entiende, en cambio, el fenómeno psicológico que se desarrolla en la mente de los jueces para realizar esa expresión de pensamiento y de voluntad en que la sentencia consiste. Ahora bien, la formación interna de la sentencia por los jueces es algo bastante complejo, pues asume ciertos presupuestos epistemológicos que son discutidos en distintos momentos históricos. De este modo, para algunos, el juez debe limitarse a utilizar las herramientas del silogismo judicial. Otros señalarán que la decisión judicial no es más que política, por lo que el juez decidirá según su creencia o ideología y luego tendrá que construir sus argumentos fácticos y jurídicos para dar por fundamentada su decisión política. Otros dirán que habrá que distinguir entre los casos fáciles y los difíciles. En los primeros, no hay lagunas o contradicciones normativas: el trabajo mental del juez está guiado fuertemente por la estructura del silogismo judicial. Por el contrario, en aquellos casos donde hay lagunas o donde no existen preceptos jurídicos que regulen a cabalidad la situación fáctica enjuiciada, el espacio para la creación jurídica del juez es mucho más amplia, dando lugar a una actividad, en cierto modo, más política que de mera aplicación de la ley.

Profundizando un poco más en estos aspectos, señalaré que desde el período de la codificación, la más destacada explicación de la formación interna de la

sentencia es la del silogismo judicial, cuya estructura está formada por una premisa mayor integrada por las normas jurídicas, una premisa menor en la que entran los hechos concretos (alegados y probados) y una conclusión, que es la consecuencia jurídica concreta resultante de encajar el hecho en la norma (o de aplicar ésta a aquél). Tanto esta tesis como sus perfeccionamientos han sido criticados. Se dice, en ciertas ocasiones, que la génesis de la sentencia no puede ser reducida a fórmulas esquemáticas con pretensiones de validez general y que la sentencia no es fruto de un juicio lógico objetivo, sino de una convicción psicológica no sometida a reglas fijadas a priori y en la que entran no sólo razonamientos puros, sino también impresiones, creencias e incluso actos de voluntad.

De estas críticas hay que asumir, en primer término, que la formación interna de la sentencia no sólo está integrada por juicios lógicos, sino también por juicios históricos (para determinar la existencia de los hechos y de la norma) y por juicios de valor (elección de posibilidades interpretativas, integración de conceptos jurídicos indeterminados, etc.) y, en segundo lugar, que no se puede pretender explicar el juicio jurisdiccional en toda su complejidad. Pero esto no debe conducir a la conclusión de que la única actitud posible ante el juicio jurisdiccional sea la de contemplación de un fenómeno misterioso. Por un lado, el ejercicio de la potestad de juzgar con sujeción a la Constitución, a la ley, al ordenamiento jurídico, postula una disciplina racional del juicio, para que en la sentencia se exprese esa sujeción a la norma. Además, el juez debe dar testimonio de haberse sometido a esa disciplina a través de la motivación de la sentencia, que exige un derecho y principio del debido proceso.

En definitiva, sin perjuicio de reconocer que la actividad de formación interna de la sentencia aparece revestida de aspectos psicológicos y juicios históricos y de valor, lo que da cuenta de la complejidad de tal actividad, no debe ello llevarnos a concluir que esta actividad solo queda en el Fuero interno de los jueces y que solo él es conocedor de por qué en un caso determinado había que juzgar de esa manera. Lo que exige un Estado de Derecho a sus jueces es que éstos den razones a los justiciables y al conjunto de la sociedad de por qué han juzgado de una determinada manera.

La actividad de juzgar debe ser vista como una actividad racional y como tal, debe ser construida de esta manera, respetando los principios de la lógica, de no contradicción, entre otros. Ello significa que el acto de juzgar debe estar precedido de palabras y conceptos utilizados y contruidos de una manera tal que expliquen el iter discursivo utilizado por el juez o los jueces para concluir con una decisión determinada. Tanto las partes como la sociedad deben

poder comprender por qué el juzgador falló de una determinada manera y esa actividad, además, debe poder ser revisada por otro tribunal de justicia, para así controlar posibles errores, los que son inherentes a toda actividad humana como es el caso de la actividad jurisdiccional.

La sentencia definitiva se compone de tres partes: una parte expositiva, una segunda parte considerativa y una tercera resolutive o dispositiva.

En la parte expositiva, la sentencia debe contener un breve resumen de la cuestión que se trata de resolver.

En la parte considerativa, se contienen los fundamentos de hecho y de derecho que el tribunal ha tenido en consideración para resolver el asunto.

En la parte resolutive o dispositiva, se contiene la decisión del asunto sometido a consideración del tribunal. Esta parte debe comprender todas las peticiones o pretensiones hechas valer por el demandante y las excepciones o defensas que haya hecho valer en el proceso el demandado. Deberá decidir el tribunal de un modo preciso cuáles de esas pretensiones o peticiones acoge y cuáles rechaza. En general, el tribunal está facultado para omitir pronunciarse sobre aquellas peticiones o pretensiones y excepciones o defensas que fueren incompatibles con las que el tribunal aceptó. En todo caso, el tribunal deberá exponer los motivos para considerarlas incompatibles.

III La actividad de hacer ejecutar lo juzgado

En la doctrina, se ha discutido si el hacer ejecutar lo juzgado, o ejecutar simplemente, es una actividad jurisdiccional o no. En primer lugar, hay que señalar que si bien conocer y resolver son actividades que en la Jurisdicción no pueden faltar, la de ejecutar, en algunos casos, como en los no penales, la ejecución puede faltar.

Y puede faltar ya sea porque el demandado vencido cumplió voluntaria y en tiempo lo ordenado por la sentencia, esto es, cumplió con lo que tenía que dar, hacer o no hacer. Pero también la ejecución puede faltar porque se trata de pretensiones que no requieren de una fase de ejecución posterior; como cuando se persigue solo declarar el derecho o bien crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Así, por ejemplo, si las partes discuten sobre cuáles son los límites de una propiedad inmueble, el fallo judicial que resuelva esa duda no necesita ejecución alguna. Lo mismo la sentencia que decreta el divorcio

entre los cónyuges o la que establece la nulidad de una sociedad. No hay una fase posterior de ejecución porque ella no es necesaria a efectos de las pretensiones de las partes y de la función jurisdiccional específica.

En la primera mitad del siglo XX, autores como Francesco Carnelutti (1951) distinguieron entre actividad jurisdiccional y actividad procesal. Para este autor italiano la ejecución entraba en la segunda categoría de actividad, pero no en la primera. Se decía que solo había actividad jurisdiccional respecto de una actividad donde figuraba una pretensión de un sujeto respecto de otro que debía resolver el juez mediante una sentencia que producía efectos de cosa juzgada. La ejecución no presenta estas características.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria, hasta el día de hoy, sostiene que si bien las actividades de conocer y resolver un litigio son diferentes de la ejecución, todas ellas son formas de actividad jurisdiccional y procesal, si tiene algún sentido tal distinción.

En todo caso, la discusión en Chile no tiene lugar, pues son la propia Constitución y la ley las que señalan que la actividad jurisdiccional comprende la ejecución (artículos 76 CPR y 1º COT).

Sin embargo, creo que se debe precisar un poco más lo que significa la actividad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado. Así como la presencia del juez es insustituible cuando se trata de conocer y resolver, en el caso de la ejecución puede matizarse esa participación.

La ejecución, a diferencia de la declaración de un derecho, no requiere presenciar ni practicar, en principio, pruebas. Si se llega a la ejecución es porque el derecho ya ha sido declarado indubitadamente, sin que se necesite probar nada. Y si el derecho que le asiste a una persona consta en algún título jurídico, como lo puede ser una sentencia judicial ejecutoriada, un pagaré, letra de cambio, factura, etcétera, otorgadas de conformidad con la ley, la actividad jurisdiccional no necesita de un contradictorio para conocer determinados hechos y las pruebas que acrediten esos hechos.

Pero cuando se ejecuta y se hace operativo un derecho que le asiste a una persona, en materia civil o cuando se cumple la condena impuesta por un tribunal penal, se ponen en juego los derechos del ejecutado. La ejecución debe procurar que se respete y protejan adecuadamente los derechos que forman parte del patrimonio del ejecutado, así como la ejecución penal tiene que velar que queden a salvo todos los derechos del condenado que no sea el

de la libertad que ha perdido al momento de ser condenado (estoy pensando en la hipótesis general de condenas penales: pérdida de la libertad en la cárcel).

El ejecutado civil solo responde con los bienes que forman parte de su patrimonio y esos bienes deben ser ejecutados de una manera que se vendan o rematen al mejor precio posible de la forma que prescribe la ley, ocasionándole el menor perjuicio posible. Y el ejecutado penal no debe ver amagados sus otros derechos, como la vida, integridad física y psíquica, etc. Y solo un tribunal de justicia imparcial está en condiciones de velar por el respeto de los derechos y dignidad del ejecutado.

Todo lo anterior quiere decir que en la fase de ejecución debe estar siempre presente un tribunal de justicia para velar que la ejecución sea hecha de una manera tal que se resguarden los derechos del ejecutado. Pero como la actividad no significa conocer ni decidir sobre los hechos que discutan las partes, puede perfectamente establecerse que órganos que pertenecen a otros poderes del Estado -como a la Administración- realicen la ejecución. Si el ejecutado considera que sus derechos no han sido correctamente tutelados, podría presentar un reclamo ante la justicia, reclamo que debe ser conocido en tiempo oportuno para no perjudicarlo.

Lo que debería descartarse es que sujetos privados, aun controlados por la Jurisdicción, realicen la ejecución. La falta de imparcialidad y de sometimiento a la ley, intereses económicos en juego, desaconsejan encomendarle a ellos la ejecución.

Esta posibilidad de acceso para el ejecutado al juez en la fase de ejecución, va acompañada de otras garantías y principios constitucionales.

Una de esas garantías se refiere a la facultad de imperio que la Constitución de 1980 reforzó para los tribunales de justicia. En la década de los años setenta del siglo pasado, en algunos casos, lo que ordenaba un tribunal de justicia no era cumplido por el Ejecutivo que tiene a su cargo, a su vez, la fuerza policial. Con ello, lo que ordenaba un tribunal quedaba solo en letra muerta. Esto se veía especialmente agravado en algunos procesos civiles y también administrativos.

Se trata de una garantía en cuanto los ciudadanos se aseguran que lo ordenado por un juez será necesariamente cumplido por quien resulte condenado.

De este modo, el artículo 76 prevé en su inciso tercero que "para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción

que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial. Podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine". Y agrega el inciso cuarto que "la autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar".

En otros países (España, Italia, etc.), para evitar problemas como los que se detallan de la década de los setenta del siglo pasado, se ha optado por crear un cuerpo de policías a cargo del poder jurisdiccional.

CAPÍTULO SEGUNDO

FACULTADES NO CONTENCIOSAS

I Origen y naturaleza de los actos judiciales no contenciosos

El artículo 2º COT señala que “también corresponde a los tribunales intervenir en todos aquellos actos no contenciosos en que una ley expresa requiera su intervención”.

Discutida la naturaleza que tienen las facultades no contenciosas o los actos judiciales no contenciosos, también denominada Jurisdicción voluntaria, hay que reconocer que ella se encuentra en el lindero entre la actividad jurisdiccional y la administrativa. Sin embargo, como veremos, aun siendo una función sustancialmente administrativa, es subjetivamente ejercida por órganos jurisdiccionales y por eso se la designa tradicionalmente con el nombre de Jurisdicción, si bien acompañado con el atributo de voluntaria, que tiene la finalidad de distinguirla de la verdadera y propia Jurisdicción.

El Código de Procedimiento Civil entiende como actos judiciales no contenciosos aquellos que, según la ley, requieren la intervención del juez y en los cuales no se promueve contienda alguna entre partes (art. 817).

Esta denominada Jurisdicción voluntaria –nombre que posiblemente deriva de la tradicional función, un tiempo atribuida a los jueces, de documentar, como hacen hoy los notarios, los acuerdos entre contratantes, esto es, *inter volentes*– constituye uno de los casos más típicos del fenómeno consistente en que órganos constituidos para ejercer una de las tres funciones estatales, ejercen por excepción funciones que sustancialmente pertenecerían a una de las otras dos funciones existentes. Aquí, en el caso de los actos judiciales no contenciosos, los actos realizados por el órgano jurisdiccional, que por razones subjetivas deberían calificarse de jurisdiccionales, son administrativos por su fin y por sus efectos.

Se puede decir que la contraposición entre Jurisdicción voluntaria y Jurisdicción contenciosa tiene el siguiente significado: sólo la Jurisdicción (mal) llamada contenciosa es Jurisdicción, mientras que la Jurisdicción con el apelativo de voluntaria no es Jurisdicción, sino que es actividad administrativa ejercida por órganos jurisdiccionales. Y digo *mal llamada*

Jurisdicción contenciosa, porque la manera cómo se expresa y desarrolla la Jurisdicción es por medio del proceso y éste es, por definición, contencioso, en el sentido que supone, estructuralmente, dos posiciones en términos de contradicción.

Por ello, en la actividad estrictamente jurisdiccional frente al juez existe un demandante y un demandado, mientras que en los actos voluntarios solo existe frente al juez un solo sujeto, que no es demandante sino peticionario, solicitante o interesado.

Según su contenido, la Jurisdicción voluntaria entra en la rama más vasta de la función administrativa que ha sido denominada como administración pública del derecho privado, puesto que la Administración, en estos casos, no tutelaría intereses inmediatos del Estado, sino intereses de los particulares que sólo mediatamente afectan al Estado; actividad que comprendería todas aquellas actividades con las cuales, en diversas formas y a través de órganos variados, el Estado interviene para integrar la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de las relaciones jurídicas. Esta intervención estatal puede provenir, en algunos casos, de autoridades administrativas –como ocurre en nuestro país con la intervención del oficial del Registro Civil para celebrar el contrato de matrimonio, o en la del Registro de Propiedad respecto a la propiedad de bienes inmuebles, etc.–, pero en determinados casos, la intervención estatal, la misma que en los casos anteriores, por razones de conveniencia práctica, y sobre todo por razones de tradición histórica, se confía a los órganos jurisdiccionales y entonces toma el nombre de Jurisdicción voluntaria.

Además de la tradición histórica, la garantía de imparcialidad y apego a la ley de los tribunales de justicia, el encargarse a los tribunales el conocimiento de los actos voluntarios garantiza un buen resultado para los ciudadanos.

Sin embargo, hemos visto en páginas anteriores que la Jurisdicción cumple también las funciones denominadas constitutivas y de certeza. Y en estos casos, la diferencia entre Jurisdicción y Jurisdicción voluntaria es casi imperceptible. Sin embargo, la doctrina suele distinguirlas.

En los procesos con fines constitutivos, la actividad del juez sigue teniendo como fin dar vida al derecho o, si se quiere, garantizar el derecho. La garantía del derecho sigue acá siendo el fin de la actividad jurisdiccional, mientras que en los actos judiciales no contenciosos el derecho aparece como un medio para lograr ciertos fines de interés público, como la publicidad, seguridad en el tráfico de ciertos bienes de importancia social, etc.

Más allá de esas diferencias funcionales entre Jurisdicción voluntaria y Jurisdicción, existen otras estructurales, entre las que destaca con mayor fuerza, la inidoneidad de los actos judiciales no contenciosos para producir los efectos de cosa juzgada, elemento central y típico de la Jurisdicción. Los procedimientos de Jurisdicción voluntaria terminan con pronunciamientos caracterizados por la revocabilidad y la modificabilidad, y, como tal, no aptos para producir cosa juzgada.

La ausencia del efecto de cosa juzgada caracteriza a los actos voluntarios. Sin embargo, nuestra legislación procesal civil distingue según el contenido de la sentencia para determinar esta falta del efecto de cosa juzgada.

En nuestro Código de Procedimiento Civil las sentencias dictadas en un procedimiento voluntario no producen el efecto de cosa juzgada salvo que se trate de una sentencia que acoja la petición del solicitante, es decir, que se trate de una sentencia afirmativa y se encuentre cumplida o ejecutada. En este caso, esta sentencia sí produce el efecto de cosa juzgada.

De este modo, cuando se dice que los actos voluntarios no producen el efecto de cosa juzgada, se refiere a casos en que se rechaza la petición del solicitante o bien, siendo afirmativa, aun no se cumple con lo resuelto. En estos casos el mismo tribunal u otro pueden revocar o dejar sin efecto lo resuelto previamente, si es que cambian las circunstancias (art. 821 CPC).

II Tipos de actos judiciales no contenciosos en el derecho chileno

En el derecho chileno, si bien no exhaustivamente, se puede decir que los actos judiciales no contenciosos van dirigidos a las siguientes situaciones: (1) Medidas de protección en favor de incapaces: por ejemplo, las gestiones sobre el nombramiento de tutores y curadores; (2) Declaración solemne de ciertos actos: por ejemplo, las gestiones sobre la declaración de muerte presunta; (3) Autenticación de actos: por ejemplo, las gestiones sobre apertura y protocolización de testamentos, y (4) Precaución de fraudes fiscales: por ejemplo, gestiones sobre insinuación de donaciones.

CAPÍTULO TERCERO

FACULTADES CONSERVADORAS, DISCIPLINARIAS Y ECONÓMICAS

El artículo 82 CPR confiere a la Corte Suprema además de las facultades jurisdiccionales, en su calidad de tribunal de justicia establecido por la ley de conformidad con el artículo 76 CPR, una superintendencia directiva, correccional y económica, lo que la doctrina acostumbra a identificar con facultades de esos tres tipos.

En el artículo 96 n° 4 COT se establece que a la Corte Suprema, en pleno, corresponde ejercer las facultades administrativas, disciplinarias y económicas. Hay una primera duda interpretativa. ¿Las facultades administrativas son lo mismo que las directivas de que habla la Constitución? Y lo mismo, ¿las facultades disciplinarias son lo mismo que las correccionales de que habla la Constitución?

Vamos a entender que facultades administrativas y directivas son lo mismo. Lo correccional, de que habla la Constitución, podría ser comprendido como similar a lo disciplinario. Sin embargo, la superintendencia o facultad correccional a que se refiere el artículo 82 CPR se ejerce exclusivamente por la Corte Suprema respecto de todos los tribunales de justicia con excepción de los tribunales que el propio precepto establece. Mientras que las facultades disciplinarias a las que se refiere el artículo 3° COT son ejercidas por todos los tribunales de justicia de conformidad con el Código Orgánico de Tribunales y se dirigen a los tribunales o jueces inferiores como a los abogados y personas que participan de las audiencias y actuaciones ante los tribunales de justicia. Pero el artículo 540 COT complica aún más la situación, pues establece que corresponde a la Corte Suprema, en virtud del artículo 86 de la Constitución, hoy 82, ejercer la Jurisdicción correccional, disciplinaria y económica sobre todos los tribunales de la Nación. Le confiere dicho precepto a la Corte Suprema una facultad correccional y otra disciplinaria.

Por otra parte, el inciso segundo del artículo 82 CPR establece que los tribunales superiores de justicia, en uso de sus facultades disciplinarias, solo podrán invalidar resoluciones jurisdiccionales en los casos y forma que establezca la ley orgánica constitucional respectiva.

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 82 CPR, la Corte Suprema tendría una facultad correccional y además una facultad disciplinaria, por lo

que serían dos competencias o atribuciones diversas. Sin embargo, parece ser que tanto para el legislador como para los propios tribunales de justicia son facultades sinónimas.

Finalmente, hay que tener presente que el artículo 3° COT se refiere a algunas facultades de los tribunales que no son las propiamente jurisdiccionales (art. 1° COT) y que tampoco son actos judiciales no contenciosos (art. 2° COT), sino facultades conservadoras, disciplinarias y económicas. Es decir, no considera las directivas y agrega las conservadoras.

I Facultades conservadoras

Hay que tener presente que el artículo 3° COT no señala a qué tipo de tribunales corresponden estas atribuciones, sino que lo deja a la disposición que más adelante establezca el propio Código Orgánico de Tribunales. Sin embargo, en ninguna parte se refiere a competencias que deriven de estas facultades conservadoras.

Como no tienen base legal que desarrolle su naturaleza, competencia ni función, ha sido la doctrina y jurisprudencia la que ha construido el significado de estas facultades conservadoras ¿Qué son estas facultades conservadoras? La doctrina no está de acuerdo en el significado de estas atribuciones. Para un autor del siglo XIX como José Bernardo Lira (1895) éstas –llamadas también “gubernativo-judiciales”– serían las que se ejercen sobre los subalternos, relativas a materias de inspección o policía judiciaria. Para otros autores como Hugo Pereira (1996) “son las relativas a la protección y amparo de las garantías individuales (y sociales) consagradas en la Constitución”. Para Juan Manuel Errázuriz y Jorge Miguel Otero (1989) la facultad conservadora, anexa o conexas a la jurisdiccional “es aquella que establece que los tribunales deben velar por el respeto de la Constitución”.

Para Francisco Zúñiga (1997) las facultades conservadoras vinieron a colmar el vacío que significó en la Ley Orgánica de Tribunales de 1875, la supresión del Recurso de Protección que existía como garantía de las libertades individuales desde la Constitución de 1823. Es decir, pese a la supresión de esta vía judicial de protección de los derechos fundamentales, los tribunales podían dispensar tal protección en virtud de las facultades conservadoras que se le atribuyeron genéricamente.

La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia ha reconocido esta facultad en los siguientes términos. Si se observa el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 7 de agosto de 1984, confirmada por la Corte Suprema con fecha 20 de agosto del mismo año, se dispuso en sus partes pertinentes que el Recurso de Protección “[...] se trata de una acción cautelar que permite poner en ejercicio las facultades jurisdiccionales específicamente conservadoras de los tribunales de justicia, que son aquellas cuyo objeto es salvaguardar de un modo directo e inmediato los derechos fundamentales de las personas”.

Sin entrar por ahora a determinar en definitiva el correcto alcance y sentido de las facultades conservadoras de los tribunales de justicia, habrá de destacar que si han de considerarse como aquellas predisuestas para la tutela de los derechos fundamentales, en ningún caso habrán de ser consideradas como complementarias a las jurisdiccionales, sino precisa y necesariamente, como facultades intrínsecamente jurisdiccionales. Y si las facultades conservadoras son tan jurisdiccionales como las de resolver un determinado conflicto de relevancia jurídica, no se ve realmente el sentido de la expresión. Como intentaré demostrar a continuación, la expresión en cuestión es un resabio histórico de nuestro derecho patrio, que hoy en día no tiene ningún sentido y que, por lo demás, ya no se ajusta a nuestra realidad constitucional.

Las facultades conservadoras de los tribunales, en el sentido de tutela o protección de derechos subjetivos, en este caso de los derechos fundamentales, se insertaría en una particular y decimonónica versión de la potestad jurisdiccional –al menos en su versión civil y entendiendo ampliamente el proceso civil como todo proceso que no es penal– y, por eso, serían facultades complementarias a las jurisdiccionales.

En efecto, en el Estado liberal de derecho o ya un modelo de Estado mínimo no intervencionista, el proceso supone una contienda o una disputa entre dos adversarios frente a un árbitro –el juez estatal– relativamente pasivo, cuyo principal deber consiste en el alcanzar un veredicto. Un Estado de tipo minimalista, que es el que existía cuando se discutió el Código Orgánico de Tribunales, haría dos cosas: proteger el orden y constituir un foro para la resolución de los conflictos que no pueden ser allanados por los ciudadanos mismos, de modo que en un Estado de este tipo coinciden la protección del orden con la resolución de conflictos. Es que, por lo demás, el modelo del Estado decimonónico en su conjunto puede ser observado como un Estado juzgador, en el que todas las actividades estatales son consideradas como una ampliación de la resolución de conflictos.

¿Cuál sería el primer inconveniente de una judicatura y un proceso orientados exclusivamente a la resolución de los conflictos? El principal inconveniente de este modelo es que la tutela de los derechos queda eclipsada frente a la finalidad de eliminar el conflicto intersubjetivo.

Este modelo de Justicia y de proceso civil no miraría a alcanzar una decisión justa mediante la actuación efectiva de los derechos subjetivos de los ciudadanos, sino que, en un primer momento, a la materialización de un valor bien diverso, como el representado por la libre confrontación de las partes individuales, entendido como una manifestación de su libertad y autonomía. Esta sería la ideología procesal imperante en todo el siglo XIX.

Luego, este modelo de la libre confrontación de las partes individuales privadas ante un árbitro estatal, se habría modificado y adaptado –por el auge en el siglo XIX de la sociología– a la idea del proceso civil como instrumento de resolución de conflictos o controversias. Y en este modelo no importaría cómo se elimina el conflicto surgido en el seno de la sociedad, sino que lo único que importa es que ese conflicto sea eliminado. Y el que vence en el proceso tendría de su parte, por el solo hecho de haber vencido, la verdad y la justicia, pero aunque eso no tenga ningún correlato con el respeto del Estado de derecho, el principio de legalidad y la tutela de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Más allá de las críticas que se le han hecho al modelo sociológico de proceso orientado a la resolución de controversias, importa destacar aquí su idoneidad como instancia de tutela de los derechos de las personas.

De acuerdo con lo expresado, una idea de tutela de derechos subjetivos, ya privados o ya subjetivos públicos, quedaría fuera de los fines del proceso, y por eso aún en nuestro decimonónico Código Orgánico de Tribunales se hablaría de estas facultades conservadoras como algo complementario a las normales facultades jurisdiccionales, es decir, de resolución de controversias.

Pero esa exclusiva finalidad del proceso como instancia de solución de controversias o pacificación de tensiones sociales, ha quedado relegada a un resabio histórico y, aún más, no se ajusta a nuestro orden constitucional. Hoy en día, la tutela de los derechos de las personas, aún los derechos fundamentales, queda comprendida dentro los fines esenciales del proceso y no como algo complementario.

Otra cosa es el tipo de respuesta procesal que requiere la tutela de los derechos, es decir, mediante un proceso declarativo, que puede ser ordinario o

sumario o bien vía tutela cautelar, pero todos esos procesos están destinados a la plena vigencia del principio de legalidad y de los derechos de las personas.

De este modo, la doctrina ha ido paulatinamente abandonando el concepto sociológico de los fines del proceso como instancia de resolución de controversias, para incardinarlo dentro del Estado de derecho y la tutela de los derechos de las personas.

Así por ejemplo, en Argentina, Gozáni (1999) señala que “la Jurisdicción es una garantía, en el sentido de instrumento preciso para la protección de los derechos del individuo”, y Barrios de Angelis (1983), en Uruguay, expresa que la finalidad del proceso es eliminar la insatisfacción jurídica, pero una insatisfacción de los derechos subjetivos o en algunos casos también del derecho objetivo.

En Italia, Giorgio Rebuffa (1993) señala que en la Constitución italiana la potestad jurisdiccional es concebida como órgano del Estado al que es confiada la tutela de las posiciones subjetivas individuales, a lo que Crisanto Mandrioli (2000) agrega que la finalidad de la potestad jurisdiccional, en la Constitución italiana, se debe desprender del artículo 24.1º –que consagra el derecho a la tutela judicial, al igual que el mismo artículo de la Constitución española– por lo que la Jurisdicción estaría dispuesta para la tutela de los derechos y de los intereses legítimos. “La actividad jurisdiccional civil sirve, por tanto, –dejando de lado el tema de los intereses– para la tutela de los derechos”, de modo que la actividad jurisdiccional sería “instrumental” respecto a los derechos que quiere tutelar, porque constituiría precisamente el instrumento para la actuación de esos derechos, en la hipótesis de que la actuación no se verifique espontáneamente.

En nuestro orden constitucional, si consideramos que el derecho de acción o a la tutela judicial, como se verá más adelante, está consagrado en el artículo 19 CPR cuando se expresa que “la Constitución asegura a todas las personas”: 3º “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, podríamos concluir, entonces, que uno de los fines esenciales de la Jurisdicción es proteger los derechos de las personas.

Por otra parte, si suponemos que nuestra Constitución de 1980 habría superado una concepción decimonónica de Estado de derecho, como creo que ha ocurrido, el rol de los jueces comportaría ahora el abandono de un esquema exclusivamente individualista circunscrito a la tutela de la esfera personal y la resolución de conflictos privados, para entrar a la reafirmación y profundización de la tarea confiada al Ordenamiento Jurídico

de reconstrucción de una sociedad desde el reconocimiento de derechos y la efectividad de los mismos, con la consiguiente remoción de los impedimentos que obstaculicen la plena virtualidad de los derechos fundamentales.

Si se toma como dato la progresión del principio de legalidad al principio de constitucionalidad, la plena vigencia de la Primera Ley debería traer necesariamente una reconversión de la función jurisdiccional, ya no reducida la estricta composición del litigio, sino a favor de su entendimiento como terminal de publicidad, es decir, como instancia última e ineluctable estratégicamente colocada en el sistema para defender y realizar la Constitución y los derechos fundamentales.

Nuestra propia Constitución, por lo demás, reafirmaría estas ideas, puesto que la potestad jurisdiccional, como órgano del Estado, está obligada a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución, así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (art. 5° CPR).

Dejando de lado, por ahora, un estudio de los fines de la Jurisdicción y del proceso, y también aceptando que no siempre supone la tutela de derechos subjetivos, sino también la tutela del orden jurídico objetivo, lo cierto es que uno de los fines hacia donde el proceso jurisdiccional se debe encaminar es hacia la tutela de los derechos subjetivos de los ciudadanos, meramente legales y también los reconocidos por la Constitución. Pero ese fin del proceso y de la Jurisdicción no debe ser visto como algo complementario, sino como la función jurisdiccional por antonomasia. Y como la tutela de derechos subjetivos es quizás, hoy en día, la función jurisdiccional por antonomasia, habrá de señalarse que tal función sólo puede llevarse a cabo mediante el proceso legalmente establecido, respetando siempre los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad entre partes.

De acuerdo con lo expresado anteriormente, quizás en una concepción ideológica y determinada de la potestad jurisdiccional -la del liberalismo decimonónico- podría tener sentido la expresión facultades conservadoras, pero no así en las coordenadas actuales, en que aparece completamente redundante.

El legislador debería derogar el artículo 3° Del Código Orgánico de Tribunales y no hablar a estas alturas de facultades conservadoras, pues solo confunde y puede prestarse para rebajar garantías de los ciudadanos.

Respecto de este último punto, aunque la doctrina y jurisprudencia no lo digan de una manera expresa, la tesis de que en el Recurso de Protección, Amparo -o Habeas Corpus- y Amparo Económico no darían lugar a una contienda entre partes y, por lo tanto, en dichos procedimientos no estamos frente a un verdadero proceso judicial, parece basarse en el postulado de que estos procedimientos no son estrictamente facultades jurisdiccionales sino facultades conservadoras. De esta manera, la garantía del artículo 19 n° 3 inciso 6° CPR que establece que "toda sentencia de un órgano que ejerce Jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos", no regiría en materia de protección y amparo.

La doctrina constitucional y la jurisprudencia chilenas más tradicionales acostumbran a señalar que la protección no configura un juicio en el sentido clásico de la expresión. Esto es algo que en nuestro medio se repite hasta la saciedad y que creo merece la pena rebatir. En primer lugar, debe ser rechazada esta concepción porque si entendemos juicio como sinónimo de proceso, no es tolerable que la Jurisdicción actúe fuera o sin proceso. Otra cosa es que la ley permita reducir sustancialmente el contradictorio entre partes, postergando la discusión más tranquila y pausada para un momento posterior. Pero la Jurisdicción actúa vía proceso o juicio, aunque el contradictorio en él sea mínimo.

Aprovecho de recordar que la única propuesta de actuación jurisdiccional en asuntos contenciosos sin proceso, al menos en países de occidente, fue la propuesta de suprimir el proceso civil contencioso de Baumbach, durante el régimen Nacionalsocialista, a lo que un liberal y demócrata como Piero Calamandrei (1938) en su momento, respondió contundentemente.

El Recurso de Protección sí da lugar y es un juicio o proceso, cautelar o sumario, según cómo se lo mire. Que en él el contradictorio sea casi inexistente es otra cosa. Desde luego está pendiente una verdadera discusión si su regulación en un Auto Acordado y con posibilidades casi inexistentes para defenderse se ajusta a lo ordenado por nuestra Carta Fundamental y Tratados de Derechos Humanos vigentes en el país. Esta duda constitucional es especialmente relevante cuando se recurre de protección contra privados.

Pero, por otra parte, el Recurso de Protección sí es un juicio atendido a la forma como funciona en la práctica. Existe una pretensión de un sujeto contra otro expresada en la demanda o escrito de protección, en el informe

los recurridos oponen una resistencia y piden normalmente la condena en costas del recurrente. El Recurso de Protección, estadísticamente, es una de las actividades jurisdiccionales más litigiosas, en el sentido de una litis contenciosa, del derecho chileno.

Por otra parte, los recursos de protección, en su ejercicio práctico, sí resuelven asuntos, o declaran derechos. Cosa distinta es que todo ello sea en un procedimiento breve y sumario y la sentencia produce efectos de cosa juzgada formal, con lo que se puede discutir el mismo asunto en un proceso de más lato conocimiento.

Este es un ejemplo de cómo el hecho de existir una facultad denominada conservadora puede hacer trastocar el funcionamiento en clave de garantía de los tribunales de justicia.

II Facultades correccionales y disciplinarias

En términos generales se podría entender que la superintendencia correccional de la Corte Suprema se refiere a la facultad reconocida en la Constitución para enmendar o corregir lo errado o defectuoso. Y por facultad disciplinaria se podría comprender el poder para censurar o castigar a quien incurre en esos errores o defectos.

Sin embargo, el legislador procesal orgánico tiende a utilizar ambos términos indistintamente. Si se analiza el artículo 545 inciso 1° COT, se señala en él que “el recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional”. Pero luego en el inciso 3° del mismo precepto se agrega que “en caso de un tribunal superior de justicia, haciendo uso de sus facultades disciplinarias, invalide una resolución jurisdiccional, deberá aplicar la o las medidas disciplinarias que estime pertinentes”.

Se puede concluir entonces que tanto enmendar o corregir, como censurar o castigar, corresponde a una misma facultad, como lo es la correccional o disciplinaria.

Una de las vías tradicionales por medio de la cual la Corte Suprema ejerce su poder o facultad correccional es el Recurso de Queja, regulado en el artículo 545 COT. En virtud de este Recurso disciplinario, el que permite controlar y castigar las faltas o abusos graves cometidos por los jueces en sus resoluciones

judiciales, la Corte Suprema está facultada para anular la sentencia judicial que contiene la falta o abuso grave, dictar otra en reemplazo y, además, en ese caso, castigar con la medida legal al juez responsable.

El uso indiscriminado de este recurso disciplinario, que con el correr del tiempo fue desplazando a la casación, por la simplicidad en su interposición y fundamentación, además del amplio poder discrecional que le daba a la Corte Suprema, además del uso jurisdiccional y no disciplinario del mismo, debido a que no se sancionaba a los jueces que habían incurrido en la falta o abuso grave, llevó a una reforma legal en el año 1995 del artículo 545 COT. La reforma de 1995 al artículo 545 CPR estableció un carácter muy excepcional para el Recurso de Queja, solo respecto de sentencias que contuvieran la falta o abusos graves respecto de la cual no puede proceder ningún tipo de recurso. Asimismo, dispuso que el tribunal superior debía consignar fundadamente las faltas o abusos graves. Por otra parte, si el tribunal superior llegase a invalidar la resolución recurrida de queja, debe aplicar la medida disciplinaria que estime pertinente.

La Corte Suprema estimó que esta modificación legal al artículo 545 COT era inconstitucional, puesto que su poder correccional tenía como fuente la Constitución y no podía la ley restringir su facultad soberana.

Esta negativa de la Corte Suprema a acatar la reforma legal del artículo 545 COT de 1995 obligó al poder legislativo a realizar una reforma constitucional. Así se agrega un inciso segundo al artículo 79 CPR, hoy 82, estableciendo que “[l]os tribunales superiores de justicia, en uso de sus facultades disciplinarias, solo podrán invalidar resoluciones jurisdiccionales en los casos y forma que establezca la ley orgánica constitucional respectiva”.

Con la reforma legal y la posterior reforma constitucional, se redujo de gran forma el campo de acción del Recurso de Queja y, de paso, hay que decir, se acotó el poder correccional que la Constitución le reconoce tanto a la Corte Suprema como a las Cortes de Apelaciones.

III Facultades directivas y económicas

A la Corte Suprema le corresponde la dirección máxima del Poder Judicial. Esta facultad tiene especial relevancia en materia de nombramiento de jueces, permutas y traslados. Algunos autores agregan dentro de esta potestad la facultad de declarar el mal comportamiento de los jueces y su consecuente

remoción. Al respecto creo que esa facultad corresponde más correctamente a la correccional o disciplinaria.

También forma parte de esta facultad la competencia que tiene el Presidente de la Corte Suprema para dar cuenta al inicio del año judicial, en audiencia pública, de las dudas y dificultades que tanto las Cortes de Apelaciones como la Suprema Corte han manifestado al Presidente de la República. Todo ello en cumplimiento de los artículos 102 COT y 5° Código Civil.

Por otra parte, en relación a las facultades directivas de la Corte Suprema se debe añadir que desechada la propuesta en la Constitución de 1980 de darle iniciativa legislativa a la Corte Suprema, como se había propuesto en la Comisión Ortúzar, se determinó, en cambio, que en toda modificación de la ley orgánica constitucional referida a la organización y atribuciones de los tribunales, se debe oír previamente a la Corte Suprema. La Corte Suprema tiene 30 días para informar. Sin embargo, si el Presidente de la República le hubiese dado el carácter de urgente al proyecto de ley, la Corte Suprema deberá evacuar el informe dentro del plazo que implique la urgencia respectiva. Si la Corte no emitiera opinión dentro de los plazos aludidos, se tendrá por evacuado el trámite.

Obviamente, la participación de la Corte Suprema en esta faceta directiva de una especie de colegislador, no obliga al Congreso Nacional con sus opiniones. La Corte Suprema debe ser oída, pero sus opiniones no son vinculantes. En este sentido, el papel de la Corte Suprema como colegislador es mucho menos fuerte que la que tiene el Presidente de la República, pues este último tiene muchas atribuciones colegislativas (iniciativa exclusiva, urgencias, veto, etc), lo cual deriva de su calidad de órgano con legitimidad democrática directa, legitimidad de la que, en tales términos, carece la Corte Suprema.

Respecto a las facultades económicas, no siempre distinguibles claramente de las directivas, ellas están referidas a la correcta administración del aparato judicial. El término coincide con el de la logística, como se usa en instituciones militares y otras.

La manera en que la Corte Suprema ejerce estas facultades económicas es mediante los autos acordados. Estos son normas jurídicas de carácter más o menos general, que decreta tanto la Corte Suprema como las Cortes de Apelaciones, entre otros tribunales, y que tienen por objetivo instruir determinadas materias a fin de organizar de una manera correcta el funcionamiento de los tribunales de justicia. Los autos acordados se dirigen a

los jueces y funcionarios judiciales. No empecen, por tanto, a la ciudadanía en su conjunto.

En este sentido, mediante autos acordados no puede regularse ninguna materia general que tenga como destinatarios a la ciudadanía, como podría ser la regulación de un procedimiento judicial. Sin embargo, hay varios casos en que la Corte Suprema ha regulado vía autos acordados procedimientos judiciales, como ocurría con el de Inaplicabilidad de las Leyes, procedimiento para obtener una indemnización por error judicial, procedimiento del Habeas Corpus y sigue siéndolo el de Protección de Derechos Fundamentales. En general, la Corte Suprema ha justificado su actuar señalando que si el poder legislativo no actúa, los derechos de las personas, para que se vean tutelados, necesitan de una regulación mínima, por lo que la Corte ha regulado determinados asuntos en subsidio y ante la desidia del poder legislativo.

En todo caso, en algunas situaciones la actuación de la Corte Suprema tiene respaldo a un nivel constitucional. Es el caso del procedimiento del Recurso de Protección. En efecto, en el Acta Constitucional n° 3, en su artículo 2° se faculta expresamente a la Corte Suprema para dictar un auto acordado para regular el denominado Recurso de Protección que creaba esa Acta.

Ahora bien, los tribunales que tienen la competencia para dictar autos acordados no pueden con ellos inmiscuirse en la función jurisdiccional de otros tribunales. En este sentido, mediante un auto acordado no puede darse instrucciones a otro tribunal de cómo fallar un determinado asunto. Eso está fuera del marco de esta competencia.

Respecto de las facultades económicas de las Cortes de Apelaciones, el artículo 66 inciso 3° COT expresamente se las reconoce. Y el artículo 61 COT inciso 2° COT expresamente le reconoce la facultad a dichas cortes para dictar autos acordados, al menos en una materia específica. Sin embargo, es posible entender como una facultad general de las Cortes de Apelaciones el poder dictar autos acordados.

Respecto a la Corte Suprema, el Código Orgánico de Tribunales en varias disposiciones consagra la facultad para dictar autos acordados. Entre esas disposiciones destaca la del inciso final del artículo 96, que dispone que "todos los autos acordados de carácter y aplicación general que dicte la Corte Suprema deberán ser publicados en el Diario Oficial".

Otra cuestión a determinar es si la Corte Suprema tiene la facultad expresa para dictar autos acordados, al menos en sede constitucional. Es evidente que

la ley (COT) le otorga esta facultad, pero en la Constitución en ninguna parte se establece que el máximo tribunal puede dictar autos acordados.

La polémica sobre la facultad de la Corte Suprema para dictar autos acordados y sobre el contenido de los mismos se generó después del auto acordado de 1992 sobre el Recurso de Protección, especialmente el de 1998, que limitó severamente el acceso a las Cortes de Apelaciones para interponer Recursos de Protección.

Respecto al punto sobre si la Corte Suprema puede dictar autos acordados, al igual que las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones, la reforma constitucional de 2005 lo resolvió positivamente. En efecto, en el artículo 93 n° 2 se establece como competencia del Tribunal Constitucional: "Resolver sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificados de Elecciones". Esta disposición constitucional tiene una doble importancia; por un lado, se reconoce en sede constitucional el poder de la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Tribunal Calificador de Elecciones para dictar autos acordados; en segundo lugar, si los referidos autos acordados contravienen la parte dogmática u orgánica de la Constitución, podrán ser declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, mediante auto acordado jamás podrá regularse un procedimiento judicial que tiene como destinatarios a las personas y a los tribunales de justicia. El artículo 19 n° 3 inciso 6° vincula la actividad jurisdiccional con un proceso legalmente tramitado. Como se ha señalado precedentemente, la actividad jurisdiccional se lleva a cabo vía proceso judicial y éste debe estar regulado en una ley. Solo al Congreso Nacional le corresponde regular procedimientos judiciales.

El Congreso Nacional debería regular los procedimientos judiciales que actualmente están regulados por auto acordado. Dictadas las leyes pertinentes, en un acuerdo institucional con la Corte Suprema, ésta debería dejar sin efecto los referidos autos acordados. De lo contrario, es decir, si no existe un acuerdo institucional, deberían ser sometidos a control del Tribunal Constitucional para que este tribunal los deje sin efecto.

QUINTA PARTE

CAPÍTULO PRIMERO

EL GOBIERNO O ADMINISTRACIÓN
DE LA JURISDICCIÓN

Se ha señalado que de conformidad con el artículo 82 CPR, corresponde a la Corte Suprema el gobierno o administración de la Jurisdicción (superintendencia directiva, correccional y económica). En esa labor colaboran también las Cortes de Apelaciones y un organismo denominado Corporación Administrativa del Poder Judicial. La Academia Judicial, en menor medida, también colabora con la dirección de la Jurisdicción.

La Corporación Administrativa del Poder Judicial administra los recursos humanos, financieros, tecnológicos y materiales destinados al funcionamiento de algunos de los tribunales que forman parte del Poder Judicial, como lo son la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones, Juzgados de letras, de Familia, del Trabajo y de Cobranza laboral y Previsional (art. 506 COT).

Este organismo realiza tales funciones administrativas en nombre de la Corte Suprema, pese a que tiene personalidad jurídica propia.

De un modo más marginal, también administra a la Jurisdicción el Presidente de la República, especialmente con la atribución constitucional para nombrar jueces.

El sistema de gobierno o administración de la judicatura chileno es bastante único en el mundo y ya se ha sostenido que afecta gravemente la independencia interna de la judicatura. En el derecho comparado los modelos que existen son el de la Conferencia Judicial estadounidense, pero se impone el modelo del Consejo de la Judicatura, que es el más utilizado tanto a nivel europeo como latinoamericano. Atrás quedó el modelo del Ministro de Justicia europeo y latinoamericano. Se examinará brevemente cada uno de estos modelos comparados.

I Ministro de Justicia

La tesis de la división de poderes de Montesquieu, después de la Revolución francesa, no terminó por concretarse. Desde luego no se puede hablar de un poder en términos estrictos y, además, fue apoderado por el poder Ejecutivo,

tal como sucedía antes en los tiempos del Antiguo Régimen, donde el Estado se administraba por jueces y bajo la forma judicial; no habiendo ninguna separación ni diferenciación entre Administración y Jurisdicción.

Si bien en los inicios revolucionarios se ideó la elección popular de los jueces, en la Constitución de 1799 el nombramiento de los jueces pasó a ser competencia del Cónsul, es decir, de Napoleón. A partir de esta fecha, el poder Ejecutivo se apoderó de los jueces y tribunales. Napoleón organizó la Administración francesa y concibió a la Justicia como una parte de esa Administración. El Ministro de Justicia se convirtió en el *grand juge*. Luego organizó a la Administración y a la Justicia como burocracias inspiradas bajo el mismo criterio de jerarquía y mando con que se organiza al Ejército.

Los cambios políticos en Francia no alteraron mayormente la situación. En la Carta Constitucional de 1824 la Justicia emana del Rey y se administra en su nombre por jueces que él nombra. En la Constitución republicana de 1848 la Justicia se administra en nombre del pueblo, pero los jueces son nombrados por el Presidente de la República.

La concepción que está en el fondo en todo esto, y que se escucha hasta los días presentes, es que la Justicia es un servicio público como cualquier otro. Los jueces, como funcionarios públicos, eran nombrados y destituidos por el Ministro de Justicia atendiendo a criterios de eficacia del servicio, esto es, a criterios políticos. Para acceder a la judicatura se estableció en 1906 el sistema de oposición.

La doctrina justificó estas ambiciones políticas de Napoleón y le dio sustento teórico. Esa doctrina señalaba que el poder del Estado se divide sólo en dos: poder Legislativo y poder Ejecutivo. El primero crea las leyes y el segundo, las aplica. La Justicia entra en la esfera del Ejecutivo y tiene entonces por función aplicar las leyes. Una tesis que siglos antes sostuvo Locke en Inglaterra.

La división del poder estatal en tres poderes podría justificarse en un sistema donde los jueces fueran elegidos, pero ello no sería admisible en un sistema donde el Ejecutivo nombra a los jueces. Así, los jueces se transforman en agentes del poder Ejecutivo y depositarios de una parte de su autoridad.

En la Francia posrevolucionaria, se quería evitar que los jueces adquirieran autonomía como cuerpo o poder, para no repetir así los problemas que se tuvieron con la existencia previa de los *Parlements* como tribunales de justicia.

De este modo, los jueces en Francia después de la Revolución no se diferenciaban del resto de los funcionarios del aparato administrativo en lo relativo a su selección, permanencia y promoción. Asimismo, era el Gobierno quien elaboraba el presupuesto de la Justicia y proveía de los medios materiales y personales. Toda esa organización se llevaba a cabo por el Ministerio de Justicia.

Obviamente, esta organización del Poder Judicial estaba influenciada por la ideología del juez como poder nulo, mero brazo aséptico aplicador de las leyes. La función de aplicación del Derecho era una actividad mecánica que sólo necesitaba de los locales físicos, medios materiales y personas necesarias para llevarla a cabo. El Ministerio de Justicia debía velar para que todo ello pudiera cumplirse eficazmente.

Este sistema imperó en toda Europa, más o menos, hasta la Segunda Guerra Mundial.

La crítica a este modelo es evidente. Supone una absoluta falta de independencia de la Jurisdicción respecto del Gobierno. Los aires democráticos que soplaron en Europa luego de la caída del fascismo y nazismo (y más tardíamente después del franquismo o nacional-catolicismo) obligaron a cambiar este modo de gobierno del Poder Judicial, según veremos más adelante.

II Conferencia Judicial

El otro modelo de gobierno o administración judicial corresponde al de Estados Unidos de Norteamérica. En este país todas las cortes federales están sujetas a las directrices de la Conferencia Judicial, presidida por el Presidente de la Corte Suprema (*Chief Justice*). La Conferencia Judicial está integrada exclusivamente por jueces (el Presidente de la Corte Internacional de Comercio, los presidentes de las Cortes de Apelaciones de cada circuito y un juez de distrito por cada circuito judicial, elegidos por mayoría de votos de los jueces del mismo). Este organismo carece de atribuciones en los nombramientos judiciales. Sus facultades se refieren a la adecuada gestión administrativa de las cortes, a la recolección de información acerca del desempeño judicial y a la fiscalización, a través de comités *ad hoc*, de la buena conducta judicial a nivel federal (aunque sin potestad de ordenar la remoción de jueces federales).⁷

7 · Cfr. United State Code, Title 28, Section 331.

Además de la Conferencia Judicial existen otros órganos de apoyo en la gestión y administración judicial, como la *Administrative Office of The United States Courts*.

Analizando críticamente estos sistemas, hay que señalar que aquél que somete a los jueces a la administración por parte del Ministro de Justicia puede evitar que unos jueces influyan indebidamente sobre el trabajo de los otros; pero, evidentemente, incurre en un problema mayor que significa someter a los

tribunales al control político del Ejecutivo, afectándose la independencia externa de los jueces. Si el poder ejecutivo designa, promueve, traslada y destituye a los jueces, estamos en presencia del fin del Estado de Derecho.

Esta es una situación que debemos evitar a toda costa y a la que Chile, afortunadamente, no ha estado mayormente expuesta en su vida republicana. No creo que se necesite argumentar más para sostener que este sistema que

primó en Europa continental durante todo el siglo XIX y hasta la Segunda Guerra Mundial, es el peor sistema de gobierno o administración judicial. En él la independencia de los jueces respecto del poder político se termina.

De esta manera, los sistemas a seguir deberían ser una versión de la Conferencia Judicial estadounidense o de los Consejos de la Judicatura europeos y latinoamericanos, entre otros posibles.

El sistema de la Conferencia judicial se muestra mejor que el nuestro, debido a que en él participan distintos estamentos judiciales con posibilidades de elección de sus integrantes por los propios jueces. Se muestra de esta manera más democrático y representativo que el sistema chileno. Por otra parte, sus facultades de administración parecen ser más limitadas y menos discrecionales que las que tiene la Corte Suprema chilena.

Este sistema parece responder a una lógica del Estado federal que es ajena a nosotros y por ello no creo que se adecue mayormente a lo que necesita la organización judicial de nuestro país. Por otra parte, parece funcionar de una manera más coherente en un sistema de precedentes como el estadounidense.

III Consejo de la Judicatura

En Europa (y luego por algunos países latinoamericanos), después de la Segunda Guerra Mundial, se ha impulsado la creación del autogobierno del poder judicial, a fin de profundizar la independencia de la Jurisdicción, especialmente del Ejecutivo, como ocurre por ejemplo con el Consejo

Superior de la Magistratura italiano o el Consejo General del Poder Judicial español.

Un sistema similar a éste intentó ser establecido en Chile con el primer gobierno electo después de restaurada la democracia en el año 1990. De hecho el Presidente de la República de aquél entonces, Patricio Aylwin, envió con fecha 1º de abril de 1990 un proyecto de reforma constitucional a la Cámara de Diputados, por el que, a fin de modernizar y dar mayor independencia y autonomía al Poder Judicial, se creaba el Consejo Nacional de la Justicia. Sin embargo, tal proyecto de reforma no contó con el necesario apoyo político para prosperar.

Como se ha dicho antes, la idea del autogobierno de la potestad jurisdiccional es una idea que comienza a tomar vida después de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, hay que destacar que esta propuesta comienza a ser analizada por juristas europeos ya desde mediados del siglo XIX. En efecto, el profesor italiano Lodovico Mortara (1992), luego Ministro de Justicia y miembro de la Corte de Casación romana, fue uno de los primeros autores que a mediados del siglo XIX comenzó a abogar por un autogobierno del Poder Judicial. Sus propuestas sólo llegaron a concretarse casi un siglo después en la mayoría de los Estados europeos.

Sin embargo, en la idea del autogobierno de la magistratura deben tenerse presente algunas consideraciones. A la configuración y esencia de la Jurisdicción repugna toda idea de coordinación y subordinación, y, por consiguiente, de un órgano supremo en su vértice, en cuanto tal, detentador de la Jurisdicción. Por ello, no cabe hablar propiamente de un Poder Judicial residenciado, por ejemplo, en un organismo denominado Consejo Superior de la Magistratura –o como se lo designe–, extraño a los jueces en cuanto tales, salvo en lo referente a la adopción de las medidas necesarias para garantizar y, eventualmente, organizar su función, ya sea de defensa o disciplinarias. De este modo, tal órgano denominado, por ejemplo, Consejo Superior de la Magistratura, no puede ser considerado un órgano jurisdiccional; no detenta la potestad jurisdiccional.

Al no detentar la potestad jurisdiccional, este organismo es, sin duda, un órgano administrativo, tanto por su composición (en ninguno de los países está integrado únicamente por jueces (véase los casos de Francia, Italia y Portugal), como por las funciones que le vienen atribuidas. Funcionalmente, tal organismo debe limitarse a lo que imponga el constituyente, pero, con

carácter general, puede precisarse su instrumentalidad a fines de posibilitar a los jueces el ejercicio independiente e imparcial de la función jurisdiccional.

Este organismo, por tanto, ha de ser considerado en su misión básica consistente en armonizar la doble condición de los jueces: como empleados públicos y como sujetos que desarrollan la función jurisdiccional, evitando que, como ha sucedido históricamente, tal carácter de funcionario provoque cualquier condicionamiento de su potestad jurisdiccional, ya que la ley ha de ser interpretada objetivamente y ello implica, de un modo general y permanente, su no subordinación a la Administración. No podría, por tanto, considerarse a tal organismo como uno de los poderes u órganos de dirección política dentro de la organización estatal.

En los países que han instaurado tal organismo (por ejemplo en Francia, España e Italia), subsiste un Ministerio de Justicia, por entenderse que la función jurisdiccional no puede quedar totalmente aislada de las demás funciones estatales, al modo de un “compartimento estanco”. La idea que la magistratura se cree por sí sola, en un régimen de impenetrabilidad de las otras esferas del poder soberano del Estado, podría ser perjudicial inclusive para los justiciables, así como para los jueces, y por ello no ha sido aceptado en país alguno.

De este modo, cuando los sistemas constitucionales han incorporado tal organismo de autogobierno, lo han hecho inspirados en la idea de que la creación del personal y los órganos de una función de tan vital importancia en el Estado de derecho, reclama la intervención de otras representaciones del poder, además de la propia magistratura.

Por otro lado, la idea del autogobierno de la magistratura, entendido como pleno autogobierno, olvida el peligro de las prácticas favorables al favoritismo interno, la creación de clientela y grupos, y el riesgo de la formación de un cuerpo con espíritu de casta cerrada para el ejercicio de una función de soberanía, con todos los peligros que ello importa para los justiciables, como para la propia magistratura.

Los Consejos de la Judicatura son cuerpos colegiados no dependientes de los poderes Ejecutivo y Legislativo. Tienen las competencias fundamentales en materia de selección de los jueces, de su capacitación, evaluación y seguimiento de su desempeño. Controlan asimismo la disciplina de los jueces y la administración de los recursos humanos y materiales.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA RESPONSABILIDAD COMO PRESUPUESTO
DE LA INDEPENDENCIA

Es habitual configurar la responsabilidad como la otra cara de la independencia: los jueces son independientes porque son responsables en el ejercicio de su función.

Sin embargo, la expresión *responsabilidad* tiene distintas acepciones según sea la disciplina jurídica a que se refiera. Así existe responsabilidad civil y penal asociadas en ambos casos al hecho de la culpa del causante de un daño. Pero, en materia de responsabilidad de los jueces, ésta puede ser referida al sistema de efectos causados por el mal comportamiento de los jueces, con o sin daños para terceros según sea el caso, exigibles por medios administrativos, jurisdiccionales y políticos, según lo establecido por la Constitución y las leyes.

La responsabilidad se vincula, como se decía, a la independencia, y como tal, también a la inamovilidad de los jueces, de modo de constituirse en un necesario contrapeso respecto de tales características. En efecto, un juez permanente independiente e inamovible, investido del vigoroso poder jurisdiccional, implica un grave riesgo, propio del ejercicio de toda potestad irrestricta, consistente en que dicho juez puede actuar fuera de la ley o arbitrariamente. De ahí la necesidad de hacer responsable a los jueces a fin de moderar y racionalizar su poder. Es propio de una sociedad racionalmente organizada el equilibrio del poder, de modo que es coherente con tal idea el que los jueces dotados de la potestad jurisdiccional sean responsables en el ejercicio de su poder jurisdiccional.

El ordenamiento jurídico chileno contempla varias clases de responsabilidad de los jueces: Política, penal, civil y disciplinaria.

I Responsabilidad política

La Constitución establece la responsabilidad política respecto de determinados jueces, en concreto, de los magistrados (ministros) de los tribunales superiores de justicia, por notable abandono de sus deberes (art. 52 2) letra c y 53 1) CPR, y 333 COT). Esta responsabilidad se hace efectiva

por medio de un procedimiento político que se inicia por la acusación de no menos de diez y no más de veinte de los miembros de la Cámara de Diputados. Esta acusación podrá interponerse mientras el afectado esté en funciones o en los tres meses siguientes a la expiración en su cargo. Conoce de la acusación el Senado, que resuelve como jurado y limitándose a declarar si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa. Por la declaración de culpabilidad, el acusado queda destituido de su cargo y no podrá desempeñar ninguna función pública, sea o no de elección popular, por el término de cinco años.

Por otra parte, el funcionario declarado culpable será juzgado de acuerdo con las leyes y por el tribunal competente, tanto para la aplicación de la pena señalada al delito, si lo hubiere, cuanto para hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al Estado o a los particulares (art. 53 CPR).

Decir que el Senado conoce como jurado significa expresar que no se sujeta a normas decisorias preestablecidas, esto es, no está vinculado al derecho, sino a su libre convicción, moral se podría agregar, en el sentido de no estar sujeta al derecho positivo. Además, se dice en ocasiones que esta actuación como jurado implica una excepción al deber de motivar las decisiones judiciales.

Cuando la Constitución se refiere a los magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, se está refiriendo a los ministros de la Corte Suprema y de las Cortes de Apelaciones, así como los que integran la Corte Marcial. Así lo ha entendido la doctrina.

Poco claro, en todo caso, es la expresión *notable abandono de sus deberes* que empleó en este caso el constituyente en el artículo 52 2) letra c CPR.

Para algunos, el referido *abandono de deberes* se referiría a la transgresión de los deberes y prohibiciones que para los jueces regula el párrafo 7 del Título X del Código Orgánico de Tribunales, posición que puede ser calificada de formal, respecto a otra material que señalaría que en este aspecto, la Constitución exigiría la denegación o torcida administración de justicia, además de la infracción de los deberes y prohibiciones previstos en el Código Orgánico de Tribunales.

Como sea la manera que pueda interpretarse tal concepto de *notable abandono de deberes*, es posible sostener que dicha situación se produciría por dos situaciones globales: a) por violación de las obligaciones que el párrafo 7 del Título X del COT les impone a todos los jueces, y como tal, incluidos los

ministros de la Corte Suprema, Corte de Apelaciones y Corte Marcial, y b) por violación del mandato constitucional de respetar y promover los derechos fundamentales de los ciudadanos (art. 5° CPR), lo que podrá observarse respecto a cualquiera acción, omisión o dilación arbitraria en el proceso, imputable al ministro afectado, que signifique una desprotección para uno o más derechos fundamentales de los justiciables.

Ahora bien, como el que juzga estos hechos es una cámara política a la cual sería irreal exigirle independencia e imparcialidad como se le exige a un juez de la república, unido al hecho que la causal *notable abandono de deberes* no ha sido suficientemente colmada por el constituyente ni por el legislador, hay que concluir que estamos frente a un juicio político y no jurisdiccional.

En términos generales, la doctrina mayoritaria entiende que esta institución de control da lugar a un juicio jurisdiccional donde el Senado actuaría, en este caso, como un órgano jurisdiccional. Esa tesis es cuestionable puesto que no puede existir actividad jurisdiccional sin que se garantice la independencia e imparcialidad del órgano juzgador, lo que en este caso no ocurre.

La responsabilidad política funciona en una lógica de pérdida de confianza moral por algunos personeros públicos. Si además de haber perdido esa confianza moral –lo que decide un órgano político con criterios políticos– el funcionario público ha incurrido en un delito, o bien ha causado daños a otras personas, puede verse expuesto a un juicio posterior penal y civil el que sí se debe ajustar a las exigencias de la actividad jurisdiccional.

II Responsabilidad penal

El artículo 79 CPR se refiere a esta responsabilidad penal, respecto a su actividad jurisdiccional, del siguiente modo: “los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones. Tratándose de los miembros de la Corte Suprema, la ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad”.

Es evidente que la Constitución se refiere a la responsabilidad por los delitos que pudieren cometer los jueces con ocasión del ejercicio de su función jurisdiccional. Respecto a los delitos comunes, ellos responden penalmente

como cualquier ciudadano, sin que se requieran referencias normativas especiales o particulares.

El artículo 324 COT repite esta misma idea, aunque la redacción, respecto al tema de la responsabilidad de los ministros de la Corte Suprema (inc. 2° art. 324 COT), es diversa. En efecto, para el constituyente la responsabilidad de los miembros del máximo tribunal chileno es procedente, si bien remite a la ley, la que deberá regularla. Sin embargo, el legislador orgánico parte de la irresponsabilidad penal parcial de los miembros de la Corte Suprema, al menos para las hipótesis de falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento y para los casos de denegación y torcida administración de justicia. De este modo, los ministros de la Corte Suprema, para el legislador orgánico, solo responden por el delito funcionario de cohecho.

Se ha sostenido por alguna doctrina que el artículo 324 inciso 2° COT excede la competencia entregada al legislador en esta materia por el constituyente, al excluir a los ministros de la Corte Suprema de la mayoría de los casos de tipos penales funcionarios a que se refiere el artículo 79 inc. 1° CPR. El legislador estaría caminando mucho más allá de “los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad” a que se refiere el 79 inc. 2° CPR. Prácticamente, los haría irresponsables penalmente.

La justificación que se ha dado para que el legislador haya excluido a los ministros de la Corte Suprema de la mayoría de los tipos penales funcionarios, es que no habría tribunal que pudiera hacer efectiva la responsabilidad. Por otro lado, porque pondría en entredicho a todo el sistema jurídico, al verse expuestos los jueces de casación a reproches y sanciones penales por cómo han interpretado la ley sustantiva o las leyes que regulan los procedimientos o bien por una denegación de justicia o por una administración de justicia torcida.

Si se entiende al artículo 324 inciso 2° como una situación de casi total irresponsabilidad penal por parte de los ministros de la Corte Suprema, se podría decir que esta disposición del COT habría sido derogada por la Constitución de 1980, en su artículo 79. Si se entendiera derogado este precepto del Código Orgánico de Tribunales es posible interpretar que el artículo 324 inciso 1° es la forma como la ley hace responsable a todos los jueces de la República por delitos funcionarios, incluidos los ministros de la Corte Suprema.

Sin embargo, es posible sostener que la Constitución al referir en un inciso aparte a la situación de los ministros de la Corte Suprema (79 inc. 2° CPR),

separadamente de la responsabilidad de los demás jueces (79 inc. 1º CPR), se hace necesaria una regulación diferente para los ministros de la Corte Suprema. En este sentido, si se entendiera derogado el artículo 324 inciso 2º COT, se podría entender que los ministros de la Corte Suprema no responderían de ningún ilícito penal funcionario, mientras el Congreso Nacional no dicte una disposición legal para hacerla efectiva. Es por ello que para efectos de la conservación de un Estado de Derecho donde los funcionarios públicos responden de los abusos y arbitrariedades en que incurren con ocasión del ejercicio de sus cargos, es mejor entender que el inciso 2º del 324 COT está vigente y que sería deseable que el legislador, hacia el futuro, modificara la disposición de modo de no dejar tan ampliamente irresponsables penalmente a los ministros del máximo tribunal.

Para hacer efectiva la responsabilidad criminal de los jueces, se debe utilizar el procedimiento establecido en los artículos 424 y siguientes del Código Procesal Penal, conocido como Querrela de Capítulos.

La Querrela de Capítulos consiste en una declaración previa que debe hacer la Corte de Apelaciones competente, en orden a autorizar, una vez cerrada la investigación por el fiscal del Ministerio Público, la correspondiente acusación criminal contra jueces, fiscales y fiscales judiciales por actos constitutivos de delito en el ejercicio de sus funciones (artículos 424 y siguientes del Código Procesal penal).

III Responsabilidad civil

Obviamente, y sin excepción, todo juez es responsable de los daños que pueda ocasionar en la persona o bienes de otro, de acuerdo con las normas del Derecho Civil.

IV Responsabilidad disciplinaria o administrativa

Este tipo de responsabilidad afecta a todo juez que se encuentra jerárquicamente subordinado o que dependa de un superior. Como los ministros de la Corte Suprema no tienen superior jerárquico se debe concluir que no responden disciplinariamente.

Sin embargo, si se considera como una forma de responsabilidad disciplinaria a la destitución que la Corte Suprema puede hacer de un juez porque

no ha tenido buen comportamiento, de conformidad con el artículo 80 CPR, entonces los integrantes del máximo tribunal tienen este tipo de responsabilidad. La posibilidad de que ministros de la Corte Suprema respondan por esta vía viene dada por la redacción del referido artículo de la Constitución, que señala que en el procedimiento de destitución se debe pedir un informe al inculcado y de la Corte de Apelaciones respectiva, en su caso. Esta última frase –en su caso– da lugar a una interpretación en el sentido que un ministro de la Corte Suprema puede ser destituido por el propio tribunal del que forma parte. Para todo ello se requerirá de un acuerdo del pleno, con mayoría de los miembros en ejercicio, excluido el ministro denunciado.

Esta responsabilidad puede ser exigida a los jueces de oficio por sus superiores o bien por la deducción por las partes litigantes o sus apoderados, por medio de las quejas o recursos de queja, que regula el COT y el Auto Acordado de la Corte Suprema de 1º de diciembre de 1972. La queja está regulada en el artículo 536 COT, la cual dispone que: “En virtud de la atribución de que habla el artículo anterior, las Cortes de Apelaciones oirán y despacharán sumariamente y sin forma de juicio las quejas que las partes agraviadas interpusieren contra los jueces de letras por cualesquiera faltas y abusos que cometieren en el ejercicio de sus funciones; y dictarán, con previa audiencia del juez respectivo, las medidas convenientes para poner pronto remedio al mal que motiva la queja”. Se trata de faltas o abusos que cometieran los jueces en el desempeño de sus funciones, que no estén contenidas en resoluciones judiciales, puesto que para impugnar dichas faltas o abusos en esta última hipótesis, existe el Recurso de Queja, que regulan los artículos 545 y siguientes COT.

El artículo 545 COT señala que:

“El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional. Sólo procederá cuando la falta o abuso se cometa en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva, y que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias. Se exceptúan las sentencias definitivas de primera o única instancia dictadas por árbitros arbitrales, en cuyo caso procederá

el recurso de queja, además del recurso de casación en la forma”.

“El fallo que acoge el recurso de queja contendrá las consideraciones precisas que demuestren la falta o abuso, así como los errores u omisiones manifiestos y graves que los constituyan y que existan en la resolución que motiva el recurso, y determinará las medidas conducentes a remediar tal falta o abuso. En ningún caso podrá modificar, enmendar o invalidar resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley contempla recursos jurisdiccionales ordinarios o extraordinarios, salvo que se trate de un recurso de queja interpuesto contra sentencia definitiva de primera o única instancia dictada por árbitros arbitradores”.

“En caso que un tribunal superior de justicia, haciendo uso de sus facultades disciplinarias, invalide una resolución jurisdiccional, deberá aplicar la o las medidas disciplinarias que estime pertinentes. En tal caso, la sala dispondrá que se dé cuenta al tribunal pleno de los antecedentes para los efectos de aplicar las medidas disciplinarias que procedan, atendida la naturaleza de las faltas o abusos, la que no podrá ser inferior a amonestación privada”.

Tanto la hipótesis de remoción de los jueces por mal comportamiento del art. 80 inciso 3° CPR, como las sanciones que puede recibir un juez vía la queja y Recurso de Queja, o bien de oficio por una Corte de Apelaciones o por la Corte Suprema, presentan el problema de indeterminación de la conducta ilícita.

En la hipótesis constitucional, la conducta que puede traer aparejada la remoción es no tener buen comportamiento (art. 80 inc. 3° CPR). Si bien el Código Orgánico de Tribunales en el artículo 337 establece algunos casos que constituyen una presunción de derecho que un juez no tiene buen comportamiento, ese artículo legal no puede entenderse que colma y desarrolla íntegramente el artículo 80 inc. 3° CPR, lo que se traduce en que los ministros de la Corte Suprema no tienen ningún parámetro prefijado normativamente para determinar el mal comportamiento de los jueces. Ello profundiza el poder discrecional de la Corte Suprema sobre los jueces

inferiores, los que no tienen cómo saber cuáles son las conductas que podrían comportar su alejamiento del cargo judicial.

Como se decía, la Corte Suprema puede remover a un juez por considerar que no ha tenido buen comportamiento, conducta que no cuenta con ningún elemento de concreción dado por la Constitución o por la ley. Lo mismo sucede en el Código Orgánico de Tribunales, pues presume de derecho que un juez ha tenido mal comportamiento si, por ejemplo, ha sido corregido disciplinariamente más de dos veces en cualquier espacio de tiempo por observar una conducta viciosa, por comportamiento poco honroso o por negligencia habitual en el desempeño de su oficio (art. 337 3° COT).

Asimismo, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema están facultadas para controlar el comportamiento de los jueces inferiores, que pudieren constituir faltas o abusos respecto de las partes de una causa (arts. 536, 541 y ss. COT). Por otra parte, la ley entrega un poder discrecional a las cortes para sancionar conductas de los jueces, al disponer que deberán ejercitarse las facultades disciplinarias, por ejemplo, “cuando por irregularidad de su conducta moral o por vicios que les hicieren desmerecer en el concepto público comprometieren el decoro de su ministerio” (art. 544 4° COT). Se trata de cláusulas completamente elásticas e indeterminadas.

El recurso a cláusulas elásticas e indeterminadas para sancionar disciplinariamente las faltas de los jueces es característico del modelo napoleónico de judicatura. Esta situación ha sido fuertemente criticada por la doctrina comparada (Giuliani y Picardi, 1995).

Al respecto, se ha señalado que esta no es compatible con un sistema sancionador bajo el principio de legalidad, pues el órgano juzgador termina por asumir un rol de creador del código disciplinario, asumiendo así una función paralegislativa.

Asimismo, los destinatarios desconocen con anterioridad cuáles son las conductas prohibidas, contrariando fuertemente el principio de seguridad jurídica. Esta crítica la ha asumido la Corte Europea de Derechos Humanos, pues condenó con fecha 2 de agosto de 2001 al Estado italiano por una decisión de la sección disciplinaria del Consejo Superior de la Magistratura, la que había sancionado a un juez por pertenecer a la masonería, sin que ese juez supiera que tal hecho fuese una conducta prohibida y sujeta a sanción.

Un sistema de cláusulas elásticas e indeterminadas afecta la independencia de los jueces, pues éstos no saben cuáles conductas están permitidas y cuáles

prohibidas. Esa situación les puede restar libertad de juicio al momento de fallar un asunto. Pero además se puede prestar para un uso parcial y selectivo del instrumento sancionador, pudiendo usarse como un arma con fines de condicionar el ejercicio jurisdiccional o para discriminar, intimidar o extorsionar a los jueces, especialmente cuando esos jueces puedan pertenecer a determinadas corrientes gremiales o políticas. Por estas críticas es que países como Italia reformaron el sistema de responsabilidad disciplinaria de los jueces, mediante la ley n° 150 de 2005, procediéndose, entre otras cosas, a una mayor tipificación de las conductas sancionables.

El modelo napoleónico de responsabilidad disciplinaria, como el que existe en Chile, pone el acento sobre el sujeto en cuyos términos se es responsable (Corte Suprema o Cortes de Apelaciones entre otros). Se trata de un instrumento conformador de conductas lícitas según las orientaciones de otros sujetos. Este modelo presupone la existencia de una relación de subordinación de los jueces y, en consecuencia, una clara reducción de su independencia respecto del superior.

Si la ley estableciera con precisión las conductas sancionadas, el sujeto sería responsable en términos de lo que el poder legislativo haya dispuesto; se está en este caso, frente a un instrumento sancionatorio por actos ilícitos, lo cual parece no presentar mayores problemas.

Nuestro Tribunal Constitucional no ha estado ajeno a este problema. En Recurso de Inaplicabilidad deducido por una Secretaria Judicial que actuaba como Juez Suplente, se impugnó por resultar a su juicio contrario a la Constitución un conjunto de preceptos del Código Orgánico de Tribunales. Entre los preceptos cuestionados destacaban los artículos 541 inc. 2°, 539 inc. 2°, 557, 558, 536, 537, 542 y 544 n° 4 COT, pues a juicio de la requirente con ellos se afectaba el principio de tipicidad. El Tribunal Constitucional, por sentencia de fecha 31/8/2007, rol n° 747, determinó que el principio de tipicidad propio del derecho penal no es aplicable en sede de responsabilidad disciplinaria de los jueces. No obstante, señaló que ello no significa que la Constitución tolere que un juez pueda ser sancionado por una conducta que él mismo no estuvo en condiciones de reconocer con antelación como reprochable. Son otros principios constitucionales, no el de tipicidad penal, sostiene el Tribunal Constitucional, los que exigen previsibilidad de las conductas que acarrearán responsabilidad, como el principio de independencia judicial y el de un justo y racional procedimiento (Considerando 27).

podría refutar la exigencia de tipicidad en los ilícitos disciplinarios, señalando que siempre han existido sistemas de responsabilidad basados en la atipicidad, como sucede con la responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, se puede contestar tal refutación señalando que existen diferencias en términos de garantía entre los modelos de responsabilidad penal, disciplinaria y civil. Esas diferencias se centran en las consecuencias sancionatorias, esencialmente patrimoniales en materia civil, prevalecientemente personales para los otros modelos. De este modo, en la responsabilidad disciplinaria, y obviamente en la penal también, las garantías deben ser mayores que en el campo civil y la tipificación debe ser exigida en términos estrictos.

Por otra parte, debido a las cláusulas indeterminadas referidas a las posibles conductas sancionadas, los jueces pueden estar renunciando a ejercitar derechos fundamentales que la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos les reconoce, como lo son el derecho a la vida privada, derecho de reunión, el derecho de asociación, la libertad de expresión, entre otros posibles.

Hoy en día, en el contexto comparado no se acepta que el órgano de gobierno judicial pueda sancionar conductas referidas al ejercicio legítimo de derechos fundamentales de los jueces, ni menos cuestiones atinentes a su vida privada. El criterio a utilizar es que tales derechos fundamentales pueden ser limitados legítimamente solo en cuanto incidan en el ejercicio imparcial de la función judicial. Si el ejercicio de un derecho fundamental no incide sobre el ejercicio jurisdiccional o la imagen de imparcialidad de la judicatura, no es lícito limitarlo.

Sobre el sistema de responsabilidad disciplinaria y los derechos fundamentales de los jueces chilenos se ha pronunciado recientemente, aunque tangencialmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia de fecha 24 de febrero de 2012 recaída en la causa Atala Riffo y niñas vs. Chile.

En este caso, la Corte de Apelaciones de Temuco, como tribunal jerárquico de la jueza Karen Atala, determinó realizar una visita extraordinaria al tribunal donde ella ejercía jurisdicción. Las visitas, ordinarias o extraordinarias, son otra forma de control disciplinario de los tribunales superiores sobre los inferiores. Las visitas extraordinarias procederán siempre que el mejor servicio judicial lo exigiere (art. 559 COT) y especialmente en algunos casos

como cuando sea necesario investigar hechos que afecten a la conducta de los jueces en el ejercicio de sus funciones (art. 560 n° 3 COT).

La jueza Karen Atala era parte de un proceso de tuición, pues el marido de ella había solicitado la tuición de las hijas comunes señalando que ella no estaba en condiciones de cuidar de las hijas, pues se declaraba lesbiana y había comenzado a convivir con otra mujer en la casa familiar junto a las hijas.

El contexto donde se produce esta contienda consiste en el hecho de que una jueza de la república, sometida al control disciplinario de la Corte de Apelaciones de Temuco y de la Corte Suprema, había declarado su lesbianismo y vivía con otra mujer y, en tal condición, fue demandada en un juicio de familia para quitarle la tuición de sus hijas. Se configuran a su respecto dos situaciones jurídicas: un juicio jurisdiccional sobre la tuición de sus hijas y un procedimiento disciplinario para determinar la corrección de su conducta como jueza.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró y declaró:

“La Corte constata que, si bien la investigación disciplinaria se inició con un fundamento legal y no terminó con una sanción disciplinaria en contra de la señora Atala por su orientación sexual, sí se indagó en forma arbitraria sobre ello, lo cual constituye una interferencia al derecho a la vida privada de la señora Atala, el cual se extendía a su ámbito profesional. Por lo tanto, el Estado es responsable por la violación del derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 11.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Karen Atala Riffo”.

Pero además con respecto a la manera y motivación por la que se realizó la investigación disciplinaria declaró:

“La Corte reitera que la imparcialidad personal de un juez debe ser presumida, salvo prueba en contrario. Para el análisis de la imparcialidad subjetiva, el Tribunal debe intentar averiguar los intereses o motivaciones personales del juez en un determinado caso. En cuanto al tipo de evidencia que se necesita para probar la imparcialidad

subjetiva, el Tribunal Europeo ha indicado que se debe tratar de determinar si el juez ha manifestado hostilidad o si ha hecho que el caso sea asignado a él por razones personales.

La Corte ya ha establecido que la visita extraordinaria afectó el derecho a la igualdad y a la no discriminación y a la vida privada de la señora Atala. Asimismo, se ha concluido que era discriminatorio incorporar en la investigación disciplinaria la orientación sexual o la relación de pareja de la señora Atala, por cuanto no existía relación alguna con su desempeño profesional y por lo cual tampoco existía fundamento para concluir que la orientación sexual de la señora Atala podía derivar en una falta disciplinaria. Sin embargo, en el informe de la visita al sitio de trabajo se determinó, con relación a la orientación sexual de la señora Atala, que los hallazgos eran hechos que “rev[estían] una gravedad que merec[ía] ser observada por [la Corte de Apelaciones de Temuco]”.

Además, el Tribunal toma en cuenta las circunstancias de la realización de la visita extraordinaria, ya que antes y durante la visita se llevaron a cabo una serie de interrogatorios a funcionarios y empleados del Juzgado de Villarrica para indagar sobre la orientación sexual y los hábitos de la señora Atala. También se observa que las conclusiones del informe de la visita presentada a la Corte de Apelaciones, en su conjunto, fueron aprobadas por dicha Corte el mismo día que fue presentado dicho informe. La Corte de Apelaciones procedió entonces a imputarle cargos disciplinarios a la señora Atala, entre otras cosas, por su orientación sexual.

Teniendo en cuenta todos los hechos reseñados anteriormente, la Corte considera que existían prejuicios y estereotipos que fueron manifestados en el informe, que demostraban que quienes realizaron y aprobaron dicho informe no fueron objetivos respecto a este punto. Por el contrario, dejaron plasmada su posición personal respecto a la orientación sexual de la señora Atala en un

ámbito disciplinario en el que no era aceptable ni legítimo un reproche jurídico por este hecho. En consecuencia la Corte establece que la visita extraordinaria y la investigación disciplinaria se realizaron sin la imparcialidad subjetiva necesaria, por lo que el Estado vulneró el artículo 8.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo.

De conformidad con el fallo de la Corte Interamericana, la indagación disciplinaria realizada por la Corte de Apelaciones de Temuco respecto de la jueza Karen Atala, se realizó de un modo tal que afectó su derecho fundamental a la vida privada y a un tribunal imparcial.

Hay que tener presente que en el derecho chileno la orientación sexual de un juez podría ser perfectamente sancionada disciplinariamente por una Corte de Apelaciones o por la Corte Suprema. En efecto, de conformidad con nuestra legislación vigente, ello podría ser considerado por estos tribunales como conducta viciosa o comportamiento poco honroso (art. 337 3° COT) o bien una irregularidad en su conducta moral o un vicio que le hicieren desmerecer en el concepto público, comprometiendo así el decoro de su cargo y función (art. 544 4° COT). Son tan abiertas las fórmulas legales en materia de ilícitos disciplinarios que, en definitiva, los tribunales que controlan la disciplina tienen el poder para configurar como ilícitos lo que ellos deseen. Y ello, claramente, afecta la independencia de los jueces y el ejercicio de sus derechos fundamentales.

La sanción más grave que puede recibir un juez, mediante un control de tipo administrativo o disciplinario, es la destitución o remoción. Esa remoción se puede realizar por el procedimiento regulado en el artículo 80 CPR o bien por un proceso de amovilidad de conformidad con los artículos 338 y siguientes de Código Orgánico de Tribunales.

Veremos, a continuación, como puede ser removido un juez de su cargo.

1 Facultad constitucional de la Corte Suprema para remover a los jueces

La facultad que le reconoce la Constitución a la Corte Suprema para remover a todo juez que ha tenido mal comportamiento, se ejerce respecto de todo juez de la República, con excepción de los que forman parte del Tribunal Constitucional, Tribunal Calificador de Elecciones y de los tribunales electorales regionales (artículo 80 inciso 3° y 82 CPR). En este sentido,

se aplica respecto de jueces que forman parte del Poder Judicial como de aquellos especiales situados fuera del Poder Judicial.

De conformidad con lo señalado, esta potestad se puede ejercer, a modo meramente ejemplar, respecto de ministros de los tribunales superiores de justicia, jueces de letras, jueces de garantía, jueces de policía local, jueces del tribunal de la libre competencia, jueces del tribunal ambiental, etc.

La razón para incluir a los jueces de los tribunales especiales situados fuera del Poder Judicial en este control disciplinario, obedece a que el Capítulo VI de la Constitución regula no solo a los tribunales que forman parte de la estructura del poder judicial, sino que a todos los jueces de la República. Existen desde luego cláusulas que solo se refieren a la estructura y a los tribunales que forman parte del Poder Judicial, pero hay otras que se refieren a la Jurisdicción como potestad estatal única y a los tribunales especiales situados fuera del poder judicial (art. 76 incisos 1°, 2° y 3° y 82 CPR).

En este sentido, si se parte de la base de que la Jurisdicción en un solo poder estatal, no aparece razonable excluir a ningún tribunal de este poder, salvo los que la propia Constitución expresamente excluye (art. 82 CPR).

El procedimiento diseñado en la Constitución para remover a un juez es el siguiente:

a) Legitimación activa

El Presidente de la República. Esta legitimación activa presidencial se relaciona con la atribución especial que tiene el Presidente de la República para "velar por la conducta ministerial de los jueces y demás empleados del Poder Judicial y requerir, con tal objeto, a la Corte Suprema para que, si procede, declare su mal comportamiento, o al ministerio público, para que reclame medidas disciplinarias del tribunal competente, o para que, si hubiere mérito bastante, entable la correspondiente acusación" (art. 32 n° 13 CPR).

Parte interesada. Cualquier persona que participe como parte principal o tercero en cualquier gestión que se siga ante un tribunal de justicia, contenciosa o no contenciosa.

De oficio por la Corte Suprema: Se trata de una competencia del pleno (art. 96 n° 4° COT).

b) Informes

Se debe pedir un informe a la Corte de Apelaciones respectiva, es decir, de acuerdo a la competencia territorial, la Corte que sea superior jerárquico del juez denunciado. Este informe se pide solo en el caso de que se trate de jueces del Poder Judicial, desde jueces de letras hasta ministros de Cortes de Apelaciones. Además, se debe pedir un informe del juez inculcado de no tener buen comportamiento.

c) Resolución

La decisión del pleno de la Corte Suprema puede ser de remoción o de rechazo del expediente respectivo. Para que proceda la remoción, se requiere del voto de la mayoría del total de los 21 integrantes de la Corte Suprema.

2 Remoción de los jueces en juicio de amovilidad

El artículo 80 inciso 2° también prevé la destitución de un juez por causa legalmente sentenciada.

Entre las causas legales que pueden llevar a la destitución de un juez destacan: (1) Condena por crimen o simple delito (art. 256 n° 6 y 332 n° 1 COT); (2) Condena por delito funcionario (332 n° 9 COT); (3) Ser calificado en lista Deficiente o por segundo año consecutivo en lista Condicional (art. 278 bis COT); (4) Ser suspendido dos veces dentro de un período de tres años o tres veces en cualquier espacio de tiempo (art. 337 n° 1° COT, en relación al 332 n° 4 COT); (5) Dictarse en su contra medidas disciplinarias más de tres veces en el período de tres años (art. 337 n° 2° COT, en relación al 332 n° 4 COT); (6) Ser corregido disciplinariamente más de dos veces en cualquier espacio de tiempo, por observar una conducta viciosa, por comportamiento poco honroso o por negligencia habitual en el desempeño de su oficio (art. 337 n° 3° COT, en relación al 332 n° 4 COT).

a) Tribunal competente

La Corte de Apelaciones respectiva, en pleno, cuando se trata de jueces de letras y jueces de base en general como tribunales de primera instancia (art. 66 inc. 3° COT). (Sin embargo, la formación y tramitación del proceso respectivo estará a cargo de un ministro de la corte designado por la mayoría del pleno (art. 339 inc. 2° COT). De la apelación respecto de la sentencia que se

pronuncia sobre la amovilidad conoce el pleno de la Corte Suprema (art 96 n° 3 COT).

b) Legitimación activa

De oficio por la Corte Suprema o una Corte de Apelaciones, requisición del fiscal judicial de alguna de las referidas cortes o la parte agraviada por la actuación incorrecta del juez (art. 338 COT).

c) Procedimiento

Se trata de un procedimiento breve y sumario. Se debe escuchar al juez imputado y al fiscal judicial.

La prueba se valora libremente, según sana crítica. Si bien el Código Orgánico de Tribunales no se refiere expresamente a la sana crítica, sí establece que la valoración es libre pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

La sentencia debe hacerse cargo, en la fundamentación, de toda la prueba rendida.

Si hay absolución, se debe notificar la sentencia al fiscal judicial de la Corte Suprema para que, si lo estima procedente o conveniente, entable él o los recursos ante el máximo tribunal.

Si la destitución se produce por haber incurrido en algún crimen o delito, se debe, además, iniciar el trámite judicial de la Querrela de Capítulos.

Facultad de las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema para controlar y reprimir las faltas que cometieren los funcionarios judiciales subalternos

Tratándose de faltas o abusos cometidos por los subalternos, pueden aplicar las siguientes sanciones: (a) Amonestación privada; (b) Censura por escrito; (c) Pago de costas; (d) Multa de 1 a 15 días de sueldo o multa no inferior a una, ni superior a cinco, unidades tributarias mensuales; y (e) Suspensión de funciones hasta por cuatro meses. Durante ese tiempo el funcionario gozará de medio sueldo (art 537 COT).

Estas medidas deberán especialmente aplicarse respecto de los funcionarios del orden judicial que se encuentren en los casos que siguen: (1) Cuando faltaren de palabra, por escrito o de obra, a sus superiores en el orden jerárquico; (2) Cuando faltaren gravemente a las consideraciones debidas a otros funcionarios o empleados o a cualquiera persona que solicite el ejercicio de su autoridad o asista por cualquier otro motivo a los estrados; (3) Cuando se ausentaren sin licencia del lugar de sus funciones, o no concurrieren a ellas en las horas señaladas, o cuando en cualquier forma fueren negligentes en el cumplimiento de sus deberes; (4) Cuando por irregularidad de su conducta moral o por vicios que les hicieren desmerecer en el concepto público comprometieren el decoro de su ministerio; (5) Cuando por gastos superiores a su fortuna, contrajeran deudas que dieran lugar a que se entablen contra ellos demandas ejecutivas; (6) Cuando recomendaren a jueces o tribunales negocios pendientes en juicios contradictorios o causas criminales; (7) Cuando los nombramientos que dependieren de los jueces de letras para cargos de síndicos, depositarios, peritos u otros análogos, recayeren generalmente sobre las mismas personas o pareciere manifiestamente que no se consulta en ellos el interés de las partes y la recta administración de justicia, y (8) Cuando infringieren las prohibiciones que les impongan las leyes (art. 544 COT).

3 Las visitas

a) Visitas ordinarias

Dentro de las facultades disciplinarias y de inspección y vigilancia con que cuentan los tribunales superiores de justicia, se encuentran las visitas que deben realizar las Cortes de Apelaciones a los tribunales para controlar el trabajo que realizan los jueces y demás funcionarios judiciales y auxiliares de la Administración de justicia.

Las Cortes de Apelaciones designarán cada año a uno o más ministros para que realicen las visitas en los juzgados y a los notarios, conservadores y archiveros judiciales.

Los ministros visitantes observarán cómo se administra el tribunal. Si observa la comisión de un delito se adoptarán las medidas correspondientes y se deberá informar de la situación a la Corte de Apelaciones dentro de las veinticuatro horas siguientes a la visita.

En cada juzgado o tribunal deberá existir un libro donde el ministro visitador deberá consignar las observaciones que crea necesario consignar. Igual constancia deberá dejar en la hoja de vida de cada funcionario visitado.

En estas visitas, el ministro visitador podrá utilizar todas las medidas urgentes que sea necesario aplicar para corregir las faltas y, desde luego, está facultado para aplicar: Amonestación privada, censura por escrito, pago de costas, multa de 1 a 15 días de sueldo o multa no inferior a una, ni superior a cinco, unidades tributarias mensuales, o suspensión de funciones hasta por cuatro meses, privando al funcionario en este período de medio sueldo (art. 553 en relación al 537, ambos del COT).

El ministro visitador deberá dar cuenta por escrito de su inspección, valorándola. Deberá dar cuenta asimismo de las medidas que haya adoptado y de las recomendaciones que corresponda aplicar para mejorar la administración de justicia.

Todas las medidas que adopte el ministro visitador se ejecutarán desde luego, pero podrán ser enmendadas o revocadas por el tribunal, si así lo juzgare prudente después de tomar conocimiento de los hechos.

b) Visitas extraordinarias

Los tribunales superiores de justicia decretarán visitas extraordinarias por medio de alguno de sus ministros en los juzgados de su respectivo territorio competencial, siempre que el mejor servicio judicial lo exigiere.

El ministro en visita ejercerá su encargo en el tribunal que naturalmente tiene la competencia para conocer del negocio en cuestión.

Casos en que proceden especialmente las visitas extraordinarias: en primer lugar, cuando se tratare de causas civiles que puedan afectar las relaciones internacionales y que sean de competencia de los tribunales de justicia; en segundo, cuando se tratare de la investigación de hechos o de investigar delitos que sean competencia de la justicia militar, cuando ello puedan afectar las relaciones internacionales o cuando produzcan alarma pública y exijan una pronta represión por su gravedad y perjudiciales consecuencias, y, en tercer lugar, siempre que sea necesario investigar hechos que afecten a la conducta de los jueces en el ejercicio de sus funciones y cuando hubiere retardo notable en el despacho de los asuntos sometidos al conocimiento de dichos jueces (art. 560 COT).

En materia penal militar, el ministro en visita tiene las facultades de los jueces del crimen del antiguo sistema, es decir, investiga y acusa, y luego conoce como tribunal penal.

El ministro en visita tendrá las facultades de un juez de primera instancia y las Cortes de Apelaciones señalarán el tiempo de duración de la visita extraordinaria, pudiendo prorrogar o restringir su mandato

SEXTA PARTE

CAPÍTULO PRIMERO

AUTOTUTELA

Se puede decir, en términos generales, que el derecho tiene como una de sus funciones más relevantes la prevención y la composición pacífica de las controversias que puedan surgir entre quienes integran la comunidad social. Dicha función de prevención la acomete el ordenamiento jurídico material al reglamentar y disciplinar la actividad de las personas, al delimitar mediante relaciones jurídicas los vínculos y facultades de los sujetos de derecho.

Sin embargo, cualesquiera que sean las razones –una de las cuales puede estar representada por el problema económico existente en toda sociedad, esto es, la relación entre necesidades ilimitadas (relativamente) y bienes escasos–, lo cierto es que las tensiones individuales o sociales llegan, en ocasiones, a agudizarse hasta el punto de hacerse irreconciliables, surgiendo así un conflicto, litigio o disputa. Sea que se considere al conflicto sólo entre particulares (propio, aunque no exclusivamente, del derecho privado) o ya entre la sociedad en su conjunto (pensemos en el Derecho Penal), lo cierto es que la paz social se ha visto afectada. En el transcurso de la historia, tal rompimiento de la paz social se ha repuesto en virtud de tres sistemas diferentes: autotutela, autocomposición y heterocomposición o heterotutela. Sin embargo, se dirá que, por regla general, la autotutela está prohibida, por lo que la analizaremos separadamente a un concepto de vías alternativas a la Jurisdicción o equivalentes jurisdiccionales.

De las tres formas enunciadas de composición de controversias en la sociedad, la autotutela o autodefensa, es, sin duda, la más antigua y rudimentaria.

Mediante ella una de las partes impone a la otra, por su propia mano, la solución de la controversia. No existe en ella un tercero o juez distinto a las propias partes en conflicto, así como tampoco existen reglas y un procedimiento –al menos preestablecido– por el cual haya de ponerse fin a la controversia.

El acudir a la autotutela obedece a un sinnúmero de causas, imposibles de sintetizar en un estudio como éste. Pero la autotutela obedece a algo que siempre ha existido en las comunidades humanas: el conflicto. En él concurren consideraciones emocionales, como también culturales y antropológicas. Pensemos tan solo en la idea de apropiación de bienes, de pérdida de ventaja económica, en el sentimiento de honor.

Lo cierto es que la litigiosidad entre los seres humanos obedece a un complejo sistema en que se agitan pasiones y razones, que no son siempre fáciles de descifrar. Autores como Hobbes ponían énfasis en la idea de *poder* que subyacería en la idea de *conflicto social* y no ya simplemente referido a la idea de *tener* de los hombres. Así, se refería a que los hombres litigan por *competition, diffidence and glory* (competición, desconfianza y gloria). Es, por tanto, vasto el mundo del conflicto que se expande desde el terreno de los recursos económicos, a aquél simbólico de las motivaciones, de las preferencias y de los deseos. Pensemos en conflictos que nacen por la disputa de un determinado bien económico, a una tensión basada en la diferencia religiosa, de raza o sexual.

En todo caso, deben rechazarse aquellas teorías que ponen al interés económico como única explicación del conflicto social, ya en su posible vertiente del utilitarismo económico liberal o ya marxista. En la interpretación de las causas de los conflictos sociales, se debe rechazar todo intento causalista simplificador de la realidad humana.

Más allá del origen del conflicto y luego de la necesidad de autotutela, hay que agregar, por otra parte, que no se puede negar que el sistema institucional creado para la solución de los litigios también puede inducir a estos a recurrir a la autotutela. En efecto, un sistema costoso, no asequible para

quienes carecen de recursos, lento, corrupto, etcétera, puede producir que los ciudadanos prefieran –o deban– acceder a la autotutela, a fin de solucionar sus controversias jurídicas y de tutelar sus derechos e intereses legítimos.

Hoy en día, los ordenamientos jurídicos comparados y el chileno, limitan notoriamente el recurso a la autotutela, reservándolo solo para situaciones excepcionales, donde el poder estatal no puede o no alcanza oportunamente a intervenir. Pensemos en la situación de la legítima defensa penal.

De acuerdo con lo anterior, cuando se habla de vías alternativas a la Jurisdicción se hace referencia a aquellas que son legítimas, excluida, por tanto, la autotutela, que es ilegítima salvo en contadas excepciones (legítima defensa penal, autotutela administrativa, derecho de huelga, etc.).

También se hace referencia a las vías alternativas a la Jurisdicción como a los equivalentes jurisdiccionales, puesto que una vez realizadas producen el mismo efecto que la solución jurisdiccional. Esto quiere decir que un conflicto puede ser solucionado con la sentencia que dicta el juez del Estado o bien por un acuerdo entre las partes, como una conciliación o un contrato de transacción. Lo único que diferencia a la solución jurisdiccional de estas vías alternativas, es que si bien lo acordado alternativamente entre los sujetos los obliga a su cumplimiento, no existen medios compulsivos para obligar a su cumplimiento que no sea el recurso al juez estatal.

Cuando se haga referencia a las vías alternativas a la Jurisdicción o a los equivalentes jurisdiccionales, me referiré, en términos generales, a las vías de autocomposición y a la heterocomposición que no corresponda al juez del Estado. En esta última situación solo cabe incluir al arbitraje.

Con las vías alternativas a la Jurisdicción se está frente a métodos alternativos al proceso, pero lo cierto es que, a veces, la alternativa presupone un proceso. Por ello, habría que decir que lo alternativo tendría dos perspectivas fundamentales. La primera es externa al proceso y comprendería los medios de tutela que excluyen el proceso y que, de este modo, son radicalmente alternativos. La segunda es, a su vez, interna y comprendería aquellos medios técnicos de tutela endoprocesal que no puede decirse sean propiamente sustitutivos del proceso, en cuanto implican ya su existencia y promoción, pero sí aparecen configurados como optativos a su curso ulterior y, sobre todo, como alternativos a la decisión judicial final. En todo caso, la alternativa por antonomasia viene a ser la primera perspectiva, esto es, la que intenta evitar el recurso a la Jurisdicción y al proceso que se desarrolla por y ante ella.

Los métodos alternativos de solución de controversias (A.D.R. en su sigla en inglés: *alternative dispute resolution*) suponen sustraer del Estado la aplicación de la ley a los casos concretos que le someten los ciudadanos, encargando su resolución a individuos o entidades sociales. En este sentido, suponen una privatización del proceso de creación y aplicación del derecho, rompiendo así con uno de los pilares básicos de la construcción moderna del Estado de Derecho de tipo occidental.

CAPÍTULO SEGUNDO

MOTIVACIONES PARA EL EMPLEO
DE VÍAS ALTERNATIVAS A LA JURISDICCIÓN

La opinión favorable en la doctrina y en algunos legisladores a la utilización de métodos alternativos a la Jurisdicción para resolver una importante gama de conflictos jurídicos, avanza principalmente –que no únicamente– por tres tipos de argumentos, en algunos casos concurrentes. El primero ve en los A.D.R. una clara y posible solución al problema de la crisis de la Justicia; una vía para descongestionar la Justicia. El segundo observa una nueva manera de enfrentar y dar solución a los conflictos que surgen en la sociedad, diferente al recurso jurisdiccional tradicional. Es decir, los A.D.R. serían la manifestación de una nueva justicia; una justicia no contenciosa sino coexistencial. El tercer argumento avanza por una nueva solución de los conflictos de relevancia jurídica, según el tipo de bien o derecho necesitado de tutela.

I Los métodos alternativos de solución de controversias como salida a la crisis de la Justicia

El entusiasmo actual por la utilización de métodos A.D.R. en muchos casos obedece a la crisis que padecería la justicia. Así, frente a una potestad jurisdiccional poco accesible, incapaz de prestar una tutela efectiva a muchas situaciones jurídicas, costosa, y sobre todo lenta e ineficaz, lo aconsejable sería buscar fuera de la Jurisdicción los modos de decidir las contiendas.

Se escucha en ocasiones decir que la justicia ordinaria togada corre hoy en día el riesgo de quedar aplastada bajo el peso de una demanda de justicia en constante progresión, sin contar con los otros inconvenientes que la afligen, comenzando por los excesos de formalismo y burocracia, para terminar con los elevados costos de la defensa técnica. Frente a ese cuadro algo desolador de la justicia, habría que buscar caminos más veloces, más económicos, más simples, más cercanos a las necesidades y a los modos de sentir de los ciudadanos involucrados en una causa civil o penal, o de otro tipo; en definitiva, habría que huir de la justicia estatal.

De este modo, recurrir a vías alternativas sería ventajoso para los usuarios, pero también para la justicia, puesto que le permitiría recuperar eficiencia

concentrándose en aquellas materias respecto de las cuales su intervención es insustituible.

Es de destacar en este punto que tal línea argumentativa, en lugar de buscar y adoptar posibles soluciones idóneas a dicha crisis de la justicia –como podría ser una adecuación de los procedimientos (procedimientos de urgencia, anticipativos, cautelares, etc.), una mayor asignación de medios materiales y personales a la justicia, penalización a los operadores jurídicos que retardan injustificadamente los procesos, etcétera–, opta por abandonar la vía jurisdiccional, sugiriéndose que solo a través del uso intensivo de diversas manifestaciones de métodos A.D.R. cabría encontrar técnicas eficaces de resolución de controversias.

Haciendo una valoración de tales propuestas, habría que acotar lo siguiente. En relación al arbitraje en la experiencia comparada, hay que decir que en algunos casos de litigación masiva y de poco monto, como los casos de consumidores, se ha mostrado como un medio altamente positivo. Así lo demuestra la experiencia española, porque se trata de un arbitraje institucional o público y sin costo para los intervinientes. Sin embargo, no creo que se pueda sostener que en Chile el arbitraje constituya una alternativa general a la Jurisdicción civil; baste señalar que no aparece del todo claro que sea menos costoso y rápido que la vía jurisdiccional. Ni siquiera ocurre así en los Estados Unidos de Norteamérica, país pionero en vías alternativas a la Jurisdicción.

En efecto, la Jurisdicción es gratuita, mientras que a los árbitros hay que pagarlos. Lo mismo sucedería si se estableciese la figura de conciliadores o mediadores, salvo que sean concebidos gratuitamente por instituciones públicas o privadas. Pero, además, el costo de los abogados empeora la situación, puesto que en Chile el asesoramiento jurídico gratuito (art. 19 n° 3 inc. 3° CPR) rige respecto a la actividad jurisdiccional y no a la arbitral o extrajudicial en general. De este modo, quien quiera recurrir a un arbitraje –o a un conciliador o mediador– deberá contar con los medios económicos para pagar tanto al árbitro como al abogado, situación que precisamente ante la Jurisdicción puede paliarse.

Por otra parte, como lo demuestran estudios en otros países, tampoco es efectivo que el arbitraje sea más rápido que la vía jurisdiccional ordinaria.

Pero, más allá de estas valoraciones parciales sobre mayor o menor efectividad o mayor o menor costo del arbitraje y ya valorando globalmente los A.D.R.,

lo cierto es que habría que preguntarse sobre los objetivos que perseguirían estos instrumentos en relación con los fines mismos del proceso.

Concentrándonos por ahora en el proceso civil, si se entendiera que este debe buscar, sobre cualquier otro fin, la más rápida solución al conflicto, no sería irracional pensar en cámaras de conciliación o en mediadores de cualquier tipo. Pero, ¿es ese el fin que debe perseguir un proceso civil?

Siguiendo a Michele Taruffo (1996), podría establecerse una *summa divisio* entre aquellos instrumentos que miran exclusivamente a resolver conflictos y aquellos previstos a la actuación de los derechos.

Los primeros darían absoluta primacía al resultado, esto es, la eliminación del conflicto de intereses, y no se preocuparían particularmente del método más que desde el punto de vista de su eficacia, esto es, su exclusiva capacidad para eliminar el conflicto. Domina en esta visión una lógica de pura funcionalidad. Puesto que lo que cuenta es la eliminación del conflicto, es funcional cada instrumento apto para conseguirlo. Así, será más funcional el instrumento que permite conseguir el resultado del modo más eficiente, es decir, con mayor rapidez y eficacia y con empleo de menos recursos (tiempo, dinero, actividad procedimental).

El segundo grupo de instrumentos para resolver controversias no es indiferente ni al método ni al resultado. En cuanto al método, deben existir procedimientos regulados lo más claramente posible, ofreciendo garantías a las partes. Los hechos relevantes deben ser probados en el contradictorio; el procedimiento debe ser encomendado a un sujeto imparcial, entre otras garantías. En cuanto al resultado, se exige aquí que se trate de una decisión que tenga en cuenta, lo más posible, la realidad de los hechos y que sea formulada con base a reglas jurídicas oportunamente elegidas e interpretadas. Se considera, de hecho, que la decisión trate de ser en algún sentido justa, para que se pueda decir que con ella son tutelados los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Con esta vía se estaría aludiendo a la jurisdiccional.

De acuerdo con lo anterior, el proceso también sirve para solucionar controversias, pero no cualquier solución es admitida y no cualquier instrumento de solución es apropiado. Importa aquí tanto la legalidad del procedimiento como de la decisión final.

Se debe tener presente, en este punto, que el proceso trasciende a la mera función de resolución de conflictos para convertirse ya en uno de los

insustituibles imperativos para lograr el fin de la Constitución, que no puede ser otro que la libertad individual. Y esto no es predicable de ninguna otra vía alternativa, puesto que estas sólo miran a la solución de controversias. Con el proceso y la vía jurisdiccional se intenta realizar, en una última fase, la Constitución y la ley.

Una visión del proceso que lo contempla exclusivamente como una vía de composición de litis, no es, hoy en día, exacta. La función del proceso civil como instrumento de composición de litigios privados corresponde, por lo demás, a unas determinadas coordenadas histórico-políticas, como lo fue el modelo del Estado liberal de derecho, donde el Estado se erigía como el máximo arbitrador de los conflictos sociales. Sin embargo, tal función ya no corresponde a las que en el Estado Constitucional de Derecho desarrolla la potestad jurisdiccional, como son las de ser garantía última de los derechos fundamentales de los ciudadanos, garantía de la vigencia de la legalidad constitucional y ordinaria, entre otras.

De acuerdo con lo afirmado, si la motivación en el uso de vías alternativas a la jurisdicción es la denominada crisis de la Justicia, a mi juicio el remedio a tal crisis es incorrecto, ya que significa desconocer las funciones esenciales que debe desarrollar la potestad jurisdiccional del Estado.

II Los métodos alternativos de solución de controversias como nueva forma de Justicia

A esta potenciación en el uso de diversas manifestaciones de los A.D.R., además o alternativamente, se agrega por la doctrina que su empleo obedece a una nueva forma de concebir la solución de los conflictos, fundada, sobre todo, en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y en formas menos autoritarias y más amigables o componedoras.

De acuerdo con lo que sostiene un sector de la doctrina comparada, si dentro del Estado de Bienestar de lo que se trata es de que se garantice desde el Estado la esfera privada de los individuos, la política -y los actos que de ella derivan que incidan sobre el ámbito de lo jurídico- no puede ya tratar a los ciudadanos como masas amorfas, sino que debe hacerlo en cuanto individuos y garantizar sus derechos y responsabilidades como sujetos con pleno discernimiento. El respeto de la esfera autónoma del individuo - agrega- debe convivir con una garantía de lo público, pero nunca como si de intereses contrapuestos se tratase. En el último tiempo se habría asistido a

una hipervaloración de lo público, cercenando terreno a lo privado, cuestión que no tendría justificación dada la posible pervivencia paralela y coetánea de ambos niveles. Y esta reflexión también tendría su incidencia sobre lo judicial

De acuerdo con lo indicado, se sostiene que la justicia estatal no podría ya dar respuesta a cuantas solicitudes, demandas e intereses son planteadas ante la misma. Así, la falta de una respuesta o ya la respuesta meramente ritual han determinado que los sistemas jurídicos virasen hacia instrumentos que sirvan realmente a las demandas sociales. De este modo, además de la justicia institucionalizada o estatal, se podría acudir a cauces privados, cuasiprivados o, en todo caso, donde se reconozca la participación de los sujetos que se hallan en conflicto.

En contra del gigantismo del Estado habría aflorado una justicia deslegalizada, conciliativa, desprofesionalizada y descentralizada, que es también o puede serlo a los ojos de muchos, una justicia más humana y más accesible. En muchos casos, se dice, la decisión sobre un determinado asunto jurídico no dependerá ya de la autoridad oficial del juez –la potestas ius dicendi del Estado– sino que emanará de una autoridad social –moral, religiosa, cultural, política–, de una autoridad del amigo, del vecino, de quien esté socialmente legitimado para representar un grupo o comunidad determinada.

Esta nueva manera de mirar a la justicia, que algunos denominan como justicia coexistencial, representaría un fenómeno de gran modernidad que emana de las formas de vida típicas de las economías más avanzadas. Este fenómeno, paradójicamente, recordaría formas de justicia prevalecientes en las sociedades más primitivas, pasadas y presentes, donde existiría la necesidad de la coexistencia de los individuos en el ámbito de la comunidad –tribu, clan, villas. En este contexto, la justicia es entendida como conciliación antes que como la idea de un proceso.

Habría un espacio intermedio en el mundo de la solución de los conflictos sociales entre el litigio/guerra y la nada. Ahí se deberían insertar todos los medios alternativos de solución de controversias.

Especial interés tiene esta nueva forma de mirar la justicia en lo que se refiere al ámbito penal. Desde diversos sectores doctrinales se viene abogando por la instauración de vías extrajudiciales, con especial referencia a la mediación penal.

Se parte de una orientación de la criminología que afirma el actual alejamiento de la víctima del sistema penal, limitada simplemente a colaborar con el

Estado mediante sus declaraciones o ya a través del ejercicio de la pretensión punitiva. Esta nueva orientación de la Justicia penal, que algunos denominan justicia restitutiva (*restorative justice*), intenta reposicionar a la víctima en la justicia penal, poniendo el acento en la posibilidad de un diálogo abierto entre la víctima y el victimario, diálogo que puede llevar a una solución de la controversia con ayuda del mediador.

El análisis de la mediación penal tiene en su base una sustancial reforma del Derecho Penal o ya una nueva legitimación del mismo.

Valorando los métodos A.D.R en el campo penal, señalaré que una mediación que intentara, sobre todo, compensar los derechos e intereses de la víctima lesionados por el victimario, sería de difícil encuadre en aquellos delitos sobre bienes jurídicos cuya afeción se difunde entre todos los individuos del cuerpo social. ¿A quién habría que compensar en este caso?, ¿al Estado?, ¿a un colectivo?

Pareciera, por tanto, que la lógica de la mediación/restauración solo podría ser operativa respecto de aquellos delitos contra el patrimonio de sujetos individualmente considerados y no ya de aplicación general sobre todo el campo del Derecho Penal.

Haciendo una valoración general sobre todos los ámbitos procesales, agregaré que como los A.D.R. presuponen voluntariedad, toda vez que ellos sean impuestos desde el Estado dejarían de prestar utilidad o bien se alejan de su filosofía inspiradora.

En definitiva, la valoración general de estos motivos justificadores de la utilización de los métodos A.D.R., es que donde éstos sean efectivamente voluntarios para los interesados, pueden tener una relativa utilización y justificación, especialmente en el campo procesal civil.

III Los métodos alternativos de solución de controversias como instrumentos adecuados para la tutela de los nuevos derechos e intereses

Un tercer tipo de argumento en favor del uso de los A.D.R., se refiere al tipo de conflicto o de bienes a los cuales habría de aplicarse este mecanismo alternativo a la Jurisdicción. Aquí se deberían posicionar aquellos que ven a los A.D.R. como una posibilidad real de acceso a la Justicia civil de todas las personas, especialmente cuando se trata de específicos derechos e

intereses legítimos que, la justicia estatal, debido a sus ya reiterados tiempos excesivos, costos elevados y acentuado tecnicismo, no ha sido capaz de tutelar adecuadamente. Así, por ejemplo, se menciona por algunos que los nuevos derechos denominados colectivos o difusos –consumidores, medio ambiente etcétera–, mal se prestan a la justicia tradicional y contenciosa, propicia sólo a la tutela de situaciones jurídicas interindividuales.

Por otra parte, la idea que expone la doctrina a este respecto es excluir determinadas causas de los tribunales, de manera que la Jurisdicción se pueda concentrar sólo en unas pocas, que son realmente las importantes y en las que la actividad jurisdiccional aparece insustituible. Las otras causas podrían ser resueltas a través de métodos A.D.R.

Esas otras causas son generalmente aquellas de escaso valor económico, que aumentarían incesantemente el trabajo de los tribunales y que, a menudo, aparecen repetitivas y, además, poco interesantes para el progreso de la ciencia jurídica, por lo que ameritan la denominación de *garbage cases* (causas basura).

CAPÍTULO TERCERO

LA AUTOCOMPOSICIÓN

Dentro de una evolución en las formas de solución de controversias, la autocomposición figura como un camino más civilizado respecto a la autotutela. Mediante ella, ambas partes de mutuo acuerdo, o bien, una de ellas por un sacrificio o resignación, deciden poner fin a la controversia surgida. La autocomposición se asemeja a la autotutela en la circunstancia de que, tanto en una como en otra, son los propios interesados quienes solucionan el conflicto, aunque en la primera puede eventualmente aparecer una tercera persona cuya función consiste en aproximar a las partes. Sin embargo, difieren ambas instituciones puesto que la autocomposición no se impone de forma coactiva por la parte más fuerte, sino, como ha quedado dicho, el conflicto se dirime a través del acuerdo de voluntades o de la resignación de una de ellas.

Así entonces, atendiendo al número de voluntades que intervienen en la finalización de la controversia, una primera clasificación nos viene a decir que existen métodos autocompositivos unilaterales y bilaterales.

I Vías autocompositivas unilaterales

Las vías unilaterales están representadas por el allanamiento (aunque esta releva solo la etapa de prueba y no la de sentencia, por lo que técnicamente no correspondería tratarlo como vía alternativa) y la renuncia. En el primer caso, se produce la conformidad del demandado a la pretensión; en el segundo caso, la renuncia del actor a su pretensión.

II Vías autocompositivas bilaterales

Son métodos autocompositivos bilaterales el desistimiento, la transacción, la mediación y la conciliación. Al desistimiento, hoy en día, se le reconoce una naturaleza bilateral, porque se requiere del parecer del demandado para que pueda prosperar. La transacción, conciliación y mediación, constituyen los denominados equivalentes jurisdiccionales más tradicionales o utilizados, a través de los cuales se puede obtener el mismo objetivo que la jurisdicción en el ámbito civil.

La transacción es un contrato extrajudicial, bilateral y recíproco, mediante el cual las partes interesadas en el conflicto pueden evitarlo o finalizarlo a través de concesiones mutuas. La transacción se celebra siempre fuera del proceso.

La mediación y la conciliación son también bilaterales, pero se diferencian de los demás métodos autocompositivos en que en estas interviene un tercero. La aparición del mismo es distinto en cada uno de ellas: en la mediación el tercero interviene de manera espontánea al conflicto, para intentar su solución. Por el contrario, en la conciliación, el tercero actúa de manera provocada, por haber sido llamado por las propias partes. No siempre es fácil distinguir entre el mediador y el conciliador. Sin embargo, en nuestro sistema jurídico, como veremos, es más o menos claro. El mediador es un tercero no juez que fuera del proceso intenta que las partes logren un acuerdo. El conciliador es el propio juez que dentro del proceso intenta que las partes lleguen a un acuerdo que pueda poner fin al conflicto y al proceso.

Sin embargo, tanto en uno como en otro caso, el tercero nunca impone su decisión a las partes. La función del mediador o del conciliador es la de aproximar a las partes y, a lo sumo, la de proponer una solución; pero la composición definitiva del litigio la realizarán las propias partes, a través del acuerdo o la resignación. El tercero actúa *inter partes* y no *supra partes*.

Hoy en día, en nuestra legislación, como una fase más de los procedimientos judiciales, se contempla como un trámite obligatorio y esencial el llamado a conciliación. Así, en el procedimiento declarativo ordinario, luego de finalizada la etapa de discusión, el juez debe llamar a las partes a conciliación, lo que no obsta a que el juez pueda llamar a conciliación en cualquier estado de la causa, desde que se evacúe la contestación de la demanda (art. 262 CPC). Lo mismo se prevé, con un carácter especial, en la actual Ley de Matrimonio Civil, que establece el llamado a conciliación en los juicios sobre separación y divorcio (art. 67 LMC). Lo mismo sucede en el procedimiento declarativo ordinario en materia laboral, donde en la audiencia de prueba, previamente, el juez debe llamar a las partes a conciliación (art. 444 CT).

A veces, la doctrina y la propia ley hablan de *avenimiento*, lo cual puede ser entendido como sinónimo de *conciliación*. El Código de Procedimiento Civil establece como trámite obligatorio del procedimiento ordinario el llamado a conciliación (art. 262 CPC). Sin embargo, el resultado positivo de ese trámite parece ser el *avenimiento*. En efecto, el artículo 263 CPC señala que en la conciliación el juez obrará como amigable componedor y tratará de obtener un *avenimiento* total o parcial en el litigio. Asimismo, el artículo 434 n° 3 se

CAPÍTULO CUARTO

LA HETEROCOMPOSICIÓN

En la heterocomposición, la situación del tercero que interviene es diferente en relación a la eventual participación de un tercero en la autocomposición, como ocurre con la conciliación y la mediación. En la heterocomposición, la persona individual o colegiada a quien las partes previamente han acudido, se compromete o está obligada por razón de su oficio a emitir una solución, cuyo cumplimiento las partes deberán acatar. La situación más conocida de heterocomposición, como vía alternativa a la Jurisdicción, es el arbitraje.

Sin embargo, como se verá más adelante, la doctrina se encuentra dividida en cómo calificar el arbitraje, si como una manifestación de la Jurisdicción o bien como una alternativa a esta. Como sea, se trata de la decisión de un tercero elegido por las partes o por la justicia estatal en subsidio, que impone su parecer a las partes.

SÉPTIMA PARTE

CAPÍTULO PRIMERO

LA ACCIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL:
DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL

I Concepción clásica y contemporánea de la acción

En el constitucionalismo contemporáneo, generalmente, se consagra como derecho fundamental de los ciudadanos la acción o la posibilidad de acudir a los tribunales de justicia para pedir tutela en aquellas situaciones en que se hace necesaria la intervención estatal.

Si la acción es un derecho fundamental, no permite divisiones ni clasificaciones, algo que se aleja con creces de la concepción clásica de la doctrina procesal de la acción, como se pasará a revisar.

Para un autor clásico de Derecho Procesal chileno como lo es Mario Casarino (2000), para que la acción sea acogida en definitiva, se requiere tener derecho, calidad e interés. Por derecho a la acción, entiende la invocación de un hecho al tribunal, su demostración y que ese hecho esté protegido por una norma jurídica. Por calidad en la acción, entiende que ella debe ser ejercida por el titular del derecho y en contra de la persona obligada; en otros términos, hay calidad cuando el proceso se va a desarrollar entre las mismas personas, o entre sus sucesores, que dieron origen a la relación jurídica material o sustancial. La falta de calidad en el actor, supone, pues, no ser titular del derecho material cuya protección se pretende. Por interés en la acción, entiende aquella situación relativa a que los tribunales no estarían llamados a hacer declaraciones de carácter teórico, sino que la protección jurisdiccional que pretende el actor viene considerada como el único medio adecuado para la salvaguardia de su derecho.

En mi opinión, esta concepción de la acción por parte de un sector de la doctrina chilena, adolece de los siguientes defectos:

En primer lugar, considera la acción como un derecho meramente legal y no ya como derecho fundamental, anterior al proceso; en segundo lugar, confunde dos situaciones distintas: la acción con la pretensión. En efecto, señala que sujeto pasivo de la acción es la persona en contra de la cual la acción es dirigida, y que dentro del proceso reviste el rol de demandado. La acción es

derecho que se tiene respecto del Estado. La pretensión supone ya un sujeto pasivo frente al que se dirige tal declaración de voluntad. Producto de una confusión conceptual, el referido autor señala una serie de requisitos – derecho, calidad e interés– para que la acción en definitiva sea acogida.

En la acción, hay que decir, en cuanto deducida por un sujeto con capacidad y en cuanto se afirme un derecho o interés legítimo necesitado de tutela, deberá ser admitida a tramitación por el tribunal, lo que a esos efectos equivale a señalar que será acogida. Si luego la pretensión es deducida por la persona legitimada activamente y si se cumplen los demás requisitos procesales, y ya si el actor comprueba la titularidad del derecho subjetivo o interés legítimo que previamente había deducido como propios y si comprueba que el demandado ha vulnerado tales derechos e intereses, podrá hacerse merecedor de una sentencia sobre el mérito favorable a su pretensión.

En tercer lugar, señala que la acción debe ser ejercida por el titular del derecho, agregando que, por regla general, de todo derecho nace una acción para protegerlo judicialmente.

En este punto hay que indicar, primeramente, que la actividad procesal se desarrolla no porque existan derechos materiales previos, sino porque precisamente existe un derecho de acción, constitucionalmente reconocido, anterior al proceso, que da inicio al proceso desarrollado ante la Jurisdicción. Para que se dé inicio a tal proceso, basta con que una persona con suficiente capacidad, manifieste ante el órgano jurisdiccional que el fin que intenta lograr, ya no lo puede conseguir o no le conviene hacerlo, sino con intervención del órgano jurisdiccional; y esa persona que solicita la actividad jurisdiccional mediante el ejercicio de su derecho de acción puede que no tenga ningún derecho subjetivo previo, ni siquiera un interés legítimo, pero igualmente es titular del derecho de acción y puede impetrar la actividad jurisdiccional a través del proceso legalmente instituido.

Atribuir la acción a quien es efectivo titular de un derecho material previo corresponde a una concepción monista de la acción que supone recién el paso siguiente de la visión romanista de la misma –en que se tenía un derecho subjetivo porque se reconocía previamente una acción–, es decir, propia de la concepción también monista del siglo XIX, expresada fundamentalmente por Savigny, que atribuye la acción procesal a quien es titular de un derecho subjetivo.

No es necesario la existencia previa de un derecho subjetivo para que exista y se pueda ejercitar el derecho de acción, lo que equivale a decir que la actividad

jurisdiccional y el proceso se desarrollan independientemente de la existencia o inexistencia real de previos derechos subjetivos e intereses legítimos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Normalmente, el ejercicio del derecho de acción supone la existencia en cabeza de quien acciona un derecho subjetivo material, pero esa normalidad no le quita el carácter de eventual. No es condición necesaria la existencia de ese derecho subjetivo material.

Profundizando más en este aspecto, hay que decir que cuando se presenta un individuo ante un tribunal ejerciendo el derecho fundamental de acción, el tribunal no tiene cómo saber, en ese momento, si esa persona efectivamente es, o no es, titular del derecho subjetivo que ha invocado. De este modo, corresponde solo a la sentencia que se pronuncia sobre el mérito de la pretensión del actor determinar si aquel es, o no es, efectivo titular del derecho o interés discutido. El comprobar la existencia de los hechos invocados y la titularidad de las situaciones subjetivas materiales invocadas por el actor es, precisamente, uno de los objetivos del proceso legalmente tramitado. Por ello, respecto de quien comparece ante un órgano jurisdiccional, y para efectos de que pueda seguir adelante la tramitación del proceso tendente a dictar en definitiva una sentencia sobre el mérito, basta con exigirle que afirme inicialmente la titularidad de la situación jurídica sustancial; pero no puede exigírsele, desde el comienzo, que sea efectivo titular de tal situación material. Es decir, y como se verá más adelante con más detalle, ese individuo debe estar legitimado activamente.

Hay que señalar que el reconocimiento de un derecho fundamental a la tutela judicial requiere de un procedimiento interpretativo complejo, pues no existe ningún precepto que lo reconozca formalmente. El Tribunal Constitucional ha señalado que debemos entenderlo comprendido en el numeral 3 del artículo 19 CPR. Así, ha sostenido en varios fallos que:

“el derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, es uno de los derechos asegurados por el número 3 del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que la carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un racional

y justo procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez a ocurrir al juez, sin estorbos, gabelas o condiciones que le dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente (STC roles, 792, 815, 946, 1382, 1356, 1391, 1418, 2042, entre otras)”.

II Contenidos del derecho de acción o a la tutela judicial

De conformidad a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, forman parte de un derecho a la tutela judicial los siguientes derechos: (1) Derecho de acceso a la justicia, derecho que incluye el de solicitar la apertura y sustanciación de un proceso y a participar, en condiciones de igualdad, en los trámites del mismo; (2) Derecho a un tribunal independiente e imparcial; (3) Derecho a un juez natural; (4) Derecho de defensa; (5) Derecho a un debido procedimiento; (6) Derecho a que el Tribunal resuelva sus pretensiones conforme a derecho, y (7) Derecho a una sentencia motivada.

A mi juicio, en este elenco hay contenidos que forman parte de una garantía de acceso a la justicia así como otros del debido proceso. Si consideramos que se trata de derechos diversos y tomando en consideración la doctrina y jurisprudencia de países como España e Italia, donde se ha dado un amplio desarrollo de estas garantías, concluiré que del elenco de derechos que ha dado nuestro Tribunal Constitucional solo forman parte del derecho a la tutela judicial los siguientes contenidos, los que más adelante procederé a precisar y delimitar: (1) Derecho de acceso a la justicia. Este derecho incluye el solicitar la apertura y la sustanciación del proceso, y (2) Derecho a que el tribunal resuelva sus pretensiones conforme a derecho. Los otros contenidos que ha dado nuestro Tribunal Constitucional corresponden más estrictamente a un debido proceso.

Sin embargo, al elenco que se puede extraer de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial, hay que agregar otros elementos que en el derecho comparado se han considerado que forman parte de él. Entre estos derechos que la doctrina y jurisprudencia española e italiana consideran que forman parte de la tutela judicial pueden señalarse los siguientes:

sino solamente lo regula en consideración a la necesidad de asegurar el debido funcionamiento del servicio público que prestan. La exigencia constituye un incentivo efectivo para que las empresas mejoren la coordinación y la seguridad del sistema. En suma, la sanción administrativa y, especialmente la consignación respectiva, lejos de tratar de impedir el acceso a la justicia, busca restablecer el orden previamente quebrantado en aras del bien común.

Este criterio sustentado por el Tribunal Constitucional cambia cuando se trata de multas que puede aplicar la Dirección del Trabajo. En el proyecto de ley que regulaba el trabajo en régimen de subcontratación, la ley exigía la consignación de la tercera parte de la multa aplicada por el Director del Trabajo. El Tribunal Constitucional señaló que dicha consignación previa era inconstitucional por tener un carácter indeterminado, carente de un límite, pudiendo, en consecuencia, llegar a cantidades cuya cuantía, en la práctica, entraban más allá de lo razonable el derecho de acceso a la justicia, al restringir tan severamente la posibilidad de reclamar ante un tribunal de la multa impuesta por la autoridad administrativa. Ello resulta contrario a los derechos que asegura el artículo 19 n° 3 de la Carta Fundamental, en sus incisos primero y segundo.

Luego el Tribunal Constitucional declaró inaplicable el artículo 171 inciso 1° del Código Sanitario, llegando, con posterioridad, a declararlo inconstitucional. El referido artículo autorizaba a la autoridad sanitaria a aplicar multas y para poder reclamar de ellas se las debía pagar de manera íntegra y previamente a recurrir a la Jurisdicción. El Tribunal Constitucional estimó que tal disposición legal constituye una barrera injustificada y carente de razonabilidad al derecho de acceso a la justicia, que forma parte de la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y del derecho a un procedimiento racional y justo, que consagra la Carta Fundamental en el numeral 3° de su artículo 19.

El Tribunal Constitucional, últimamente, ha sostenido (sentencia de 7 de agosto de 2014, rol 2475-13) lo siguiente:

“el pago total o parcial de una obligación impuesta por la entidad fiscalizadora para acceder a la jurisdicción implica que no es posible estimarla en abstracto como constitucional o inconstitucional. Por lo tanto, atendida la diversidad de situaciones que se presenten en la vida moderna y la multiplicidad de fórmulas que el legislador utiliza, no es posible estimar como constitucional

o inconstitucional en sí misma esta regla, debiendo ponderarse, en cada caso y oportunidad que se someta a la decisión de este tribunal, si su exigibilidad como condición para reclamar judicialmente de ella resulta contraria a la Constitución, sea por quebrantar los derechos de acceso a la justicia y, consecuentemente, la garantía de un juicio justo, sea por impedir o entorpecer más allá de lo razonable o en forma discriminatoria o arbitraria, otro derecho fundamental”.

“Que esta magistratura ha tenido en cuenta el monto de la consignación para estimar, como criterio de principio, la previsible o improbable vulneración de la Constitución. Tal criterio se deriva de la existencia de un parámetro incuestionable, razonable o justificado. En tal condición, esta magistratura ha razonado que las limitaciones deben estar establecidas con parámetros incuestionables, esto es, razonables y justificados. El criterio del parámetro ha implicado que el legislador ha identificado tres modalidades o montos de consignación previa: una de la totalidad de la multa (artículo 171 del Código Sanitario), un tercio de la multa (extinto artículo 474 del Código del Trabajo) y una cuarta parte de la misma (artículo 30, inciso segundo, del Decreto Ley n° 3538, relativo a la Superintendencia de valores y Seguros”.

“Que respecto de la consignación del cien por ciento de la multa, este Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la norma en su sentencia rol 1345”.

“Que, por el contrario, el monto del veinticinco por ciento de la consignación previa se estimó constitucional. [...] ese porcentaje puede ser razonable... como se desprende del mérito de este proceso, el precepto impugnado no ha impedido al requirente el libre ejercicio de su derecho a reclamar ante el juez competente de la multa, ni se le ha impuesto condiciones que le resultaran intolerables, arbitrarias, imprudentes e irrazonables”.

“Que la enorme mayoría de las personas que han impugnado la institución del “solve et repete” han sido personas jurídicas de derecho privado o simples particulares. Y, en general, se ha estimado que este elemento no es significativo para evaluar el modo en que se juzga la obligación de consignar previamente para reclamar ante la autoridad administrativa o ante la justicia. Sin embargo, de modo excepcional se han estimado consideraciones relativas al sujeto obligado. Justamente, las empresas eléctricas sometidas al régimen concesional de la ley 18.140 han sido consideradas como servicio público y éste ha sido un argumento para estimar constitucional (Sentencia rol 287 considerando 7º) el artículo 19 de la mencionada ley [...]”.

Nuestro Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre otras limitaciones que la ley puede establecer al ejercicio del derecho de acceso a la justicia, como la imposición de plazos para deducir la pretensión respectiva, por ejemplo. En el derecho comparado se ha entendido que el establecimiento de plazos para poder deducir la pretensión ante los tribunales de justicia no atenta contra el derecho de acceso a la justicia, siempre que ellos sean razonables.

Sí ha tenido oportunidad de referirse a trámites previos al acceso a la Jurisdicción, como la exigencia de mediación obligatoria en materia de salud. Al respecto ha dicho:

“[...] el acceso a la mediación previa al planteamiento de su reclamo judicial de indemnización de perjuicios, suspende el plazo de prescripción de las acciones civiles y criminales que procedan, por expresa disposición del inciso final del artículo 45 de la ley n° 19.966. De esta forma, aunque la mediación fracase, la requirente no queda impedida de acceder a los tribunales ordinarios para obtener la satisfacción de su pretensión.

“Además debe tenerse presente la naturaleza de la mediación como equivalente jurisdiccional, tal y como fue destacado en el debate parlamentario que dio origen a la aprobación de la ley n° 19.966 [...]”.

“Que, así aún cuando en la especie, la mediación contemplada en el inciso segundo del artículo 43 de la ley n° 19.966 impone una exigencia previa al ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra prestadores privados de salud, no puede estimarse que vulnera la igualdad en el ejercicio de los derechos de la requirente, pues queda a salvo la posibilidad de deducir las acciones civiles y criminales respectivas en caso que la mediación fracase. Por el contrario, si ella es exitosa, se habrá resuelto el conflicto suscitado a través de un equivalente jurisdiccional cuyos efectos se asimilan a los de una sentencia pronunciada por un órgano jurisdiccional. Por estas razones, esta alegación será rechazada y así se declarará” (STC rol 2014-2011, de 10 de julio de 2012).

a) Impedimentos económicos para el ejercicio del derecho de acción

Ha de constatarse en la realidad de todos los países –especialmente los menos desarrollados y con mayores desigualdades en la distribución de la renta nacional (situación de la que Chile hasta ahora dista mucho de escapar)– la existencia de posibles impedimentos a la plena efectividad de tal derecho, que dicen relación con carecer de los necesarios recursos económicos que importa el acceso efectivo a los tribunales de justicia. En este aspecto, el derecho de acceso a los tribunales aparece íntimamente relacionado con el derecho a la asistencia jurídica gratuita que establece el inc. 3º del art. 19 n° 3 CPR: “La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos”.

El acceso efectivo a la justicia puede ser considerado hoy como el requisito más básico –el derecho humano más fundamental– en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar, y no solamente proclamar, los derechos de todos. No puede haber función jurisdiccional en un Estado social de derecho sin que se reconozca este derecho.

Por lo anterior, el Estado tiene una especial obligación de facilitar el acceso a los tribunales de todas las personas, otorgando o financiando la adecuada asesoría y representación judicial, a quienes no pueden pagar los costos de un profesional de la justicia.

En la actualidad, el acceso a la justicia de todos los ciudadanos se cumple de distintas maneras: (1) A través de funcionarios públicos que, con el título

de abogado, prestan asesoría y defensa jurídica en materia penal a quienes carecen de los recursos necesarios o no tienen defensa jurídica: Defensoría Penal Pública (Ley nº 19.718); (2) Abogados de libre ejercicio que a través del sistema de licitaciones a que se refiere la Ley nº 19.718, prestan asesoría y defensa jurídica en materia penal a quienes carecen de los recursos necesarios o no tienen defensa jurídica; (3) A través de una carga pública que pesa sobre egresados de derecho y abogados, para prestar asesoría y defensa jurídica a quienes carecen de los recursos económicos para procurársela: sistema de la Corporación de Asistencia Jurídica y turno de los abogados (art. 595 COT), y (4) A través de la no exigencia en determinados casos de concurrir debidamente patrocinado por abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, por ejemplo, en el Recurso de Protección, Habeas Corpus, demandas en juicios de arriendo, consumidores, etcétera.

2 Derecho a que el tribunal resuelva las pretensiones conforme a derecho

El derecho a la tutela judicial, al no ser un derecho absoluto, no garantiza siempre y en todo lugar que el tribunal de inicio y tramite un proceso y dicte al final, una sentencia definitiva. El legislador está habilitado para declarar inadmisibles las demandas, dejando imprejuizado el fondo, al no cumplirse con determinados presupuestos procesales. Ahora bien, en el derecho español se ha entendido que para que exista perfecta conformidad constitucional en este punto, dichas causales de inadmisión deben interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad del derecho de acceso a la justicia (principio *pro actione*) con posibilidades concretas de poder subsanar los errores hechos por el tribunal, siempre y cuando no tengan su origen en una actividad contumaz o negligente del interesado y que no dañe la regularidad del procedimiento ni la posición jurídica de la otra parte. La ley puede permitir, por tanto, que el tribunal declare inadmisibles las demandas, no pronunciándose sobre la pretensión deducida, si considera, por ejemplo, que es incompetente para conocer de ella, que no se ha constituido patrocinio y poder, que quien demanda carece de legitimación activa o que no se ha cumplido con los requisitos que debe contener la demanda.

Por otra parte, si la demanda judicial es declarada admisible y se inicia la tramitación del proceso, que debe arribar, si no hay voluntad de las partes de ponerle término antes, a la sentencia definitiva, esta no tiene que ser necesariamente favorable al actor. El derecho a la tutela judicial no comprende un derecho a que se acoja la demanda. Lo único que se garantiza, en este caso, es que se dictará una sentencia que fallará el fondo del asunto, de acuerdo a lo

que en ese caso prescriba el derecho y, por lo tanto, favorable o no favorable para el actor.

3 Derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales

a) Derecho a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales (o respeto de la cosa juzgada)

Se ha entendido en el derecho español que una vez fallado un asunto, adquiriendo la resolución que lo falla la cualidad de firme o ejecutoriada, produciendo, por tanto, el efecto de cosa juzgada, no puede alterarse lo decidido por ningún poder público, sea tribunal de justicia o de otro tipo. Pero la garantía va más allá, pues obliga a los tribunales a abstenerse de volver a resolver sobre el objeto litigioso ya juzgado previamente por un tribunal de justicia. La única manera en la que se puede hacer cesar este efecto de la cosa juzgada, es mediante los procedimientos de revisión (recurso de revisión) que haya dispuesto el legislador.

b) Derecho a disponer de medidas cautelares

En países como España, se ha entendido que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a que el legislador prevea medidas cautelares para que los jueces puedan adoptarlas. Asimismo, se tiene derecho a que el juez resuelva sobre las peticiones de medidas cautelares razonadamente y no de forma arbitraria y carente de fundamento.

El valor que debe ser atribuida a la tutela cautelar, debe entenderse en la necesidad de las partes de un proceso judicial de recibir una tutela judicial que ampare a los derechos e intereses esgrimidos de una manera efectiva y en sus propios términos.

La Corte Constitucional italiana, por sentencia rol nº 190 de 1985, ha afirmado que la tutela cautelar constituye un componente esencial del derecho a la tutela judicial, que no puede ser eliminado por el legislador.

Sin embargo, parte de la doctrina procesal italiana señaló, en relación a este fallo de la Corte Constitucional, que lo que prevé el derecho a la tutela judicial, no es la previsión de medidas cautelares, sino de distintas modalidades de tutela flexible, cautelares o no cautelares, que puedan dar una tutela pronta y efectiva según el tipo de derechos e intereses de que se trate.

c) Derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales

La tutela judicial no se satisface únicamente con una sentencia sobre el fondo, si es que se han cumplido con los requisitos y presupuestos procesales exigidos por el legislador, ya que de poco serviría esa resolución si después no pudiera materializarse o hacerse cumplir el mandato que contiene. De este modo, se ha entendido en España que impedir o no dar lugar arbitrariamente a la ejecución de una resolución constituye una infracción al artículo 24.1 de la Constitución española.

4 Derecho al recurso legalmente previsto

Se ha entendido en el derecho comparado que, salvo en materia penal, el legislador tiene libertad para reconocer recursos procesales en los distintos tipos de procedimientos. Sin embargo, se ha precisado también que si el legislador opta por regular un recurso procesal, constituye un atentado al derecho a la tutela judicial si el tribunal competente lo deniega arbitrariamente.

IV Acción y pretensión

En la dinámica procesal la acción coincide con la pretensión, sin perjuicio de que analíticamente cabe separar ambos conceptos y diferenciarlos.

De este modo, en un análisis constitucional o estático, la acción vendría a ser un derecho subjetivo fundamental anterior al proceso, que se ejercita frente al Estado, haciendo surgir la obligación en el órgano jurisdiccional de dictar una resolución según derecho, meramente procesal o de fondo, según sea el caso, respecto de los derechos o intereses legítimos que ha invocado el demandante; debiendo comprobar, precisamente dicho órgano jurisdiccional, la juridicidad o la relevancia del supuesto derecho o interés legítimo deducido por el actor.

Desde un punto de vista procesal o dinámico, la pretensión no es ya un derecho sino una declaración de voluntad; no es anterior al proceso, sino consustancial al proceso mismo.

Por pretensión puede entenderse una petición de un sujeto activo ante un juez, frente a otro sujeto pasivo, y sobre un bien de la vida.

Es posible distinguir entre acción y pretensión en los siguientes aspectos:

primero, la acción vendría a ser un derecho anterior al proceso que se concretaría en una pretensión, ahora sí ubicándonos dentro del proceso. La pretensión es un acto, una declaración de voluntad. Pero la pretensión no es un acto único y no se realizaría en cierto momento –que sí ocurre con la demanda–, sino que imprime su ser a todo el proceso, hasta que este termina.

Segundo, la eficacia del derecho de acción no depende de la fundamentación ni de la legitimación. En tanto derecho corresponde a todas las personas y puede ser ejercitada por todos los que tengan capacidad para ser partes en un proceso (o a quienes se les reconozca como sujetos de derecho) y que afirmen al menos un interés legítimo necesitado de tutela. La pretensión, por el contrario, sólo será eficaz si es fundada, es decir, únicamente cuando el Ordenamiento Jurídico la reconozca. Se precisa, por tanto, un requisito ulterior al de mera capacidad para ser parte en un proceso (o subjetividad jurídica); es decir, se requiere de legitimación. Por regla general se requiere que en el caso concreto que se presenta ante un tribunal se afirme que se es titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo reconocido por el Ordenamiento Jurídico.

Tercero, los sujetos pasivos de la acción y de la pretensión son diferentes: la acción se dirige contra el Estado, pues sólo este podrá satisfacer el derecho de acción mediante el dictado de una resolución por el órgano estatal investido de potestad jurisdiccional, mientras que la pretensión se dirige frente al demandado, que es un sujeto distinto del tribunal y de quien formula el reclamo.

Finalmente, se puede decir que el objeto de la acción lo constituye el ejercicio de la actividad jurisdiccional, mientras que el objeto de la pretensión es cualquier bien de la vida, cualquier materia apta por su naturaleza para satisfacer las necesidades o conveniencias objetivamente determinables de los sujetos. Estos bienes susceptibles de satisfacer necesidades o conveniencias de los sujetos pueden ser tanto una cosa corporal como la conducta de otra persona.

De acuerdo con las diferencias entre acción y pretensión, hay que concluir que la acción es unitaria: no existen clases de acciones, sino una única acción, un único derecho de acción. Cuando en la actualidad se sigue hablando de acciones –en plural– es porque no se ha asumido toda la evolución que se ha resumido en páginas anteriores. La acción, como derecho a la actividad jurisdiccional y como tal, como derecho a instar el proceso, solo puede ser una y solo puede existir una sola de ellas. Por tal motivo, la conceptos de

acción real o personal, mueble o inmueble, ordinaria o especial, etcétera, no se ajusta, hoy en día, a la concepción de la acción que hemos dado.

Ahora bien, si no se puede hablar de acciones, sí se puede hablar de pretensiones, ahora ya en plural. Y de acuerdo con la pretensión que se deduzca, nacerán distintos tipos de procesos: proceso civil y penal; proceso de declaración, ejecución y cautela, etcétera.

Hay que considerar, finalmente, que la teorización que se ha realizado sobre la pretensión, ha sido realizada, generalmente, tomando como base el proceso civil, pero en el penal adquiere una dimensión intrínsecamente diversa que ha originado muchas discusiones doctrinarias.

En materia penal, un sector de la doctrina ha considerado a la pretensión también desde la consideración de una declaración de voluntad, como en el proceso civil. En este caso, esa declaración de voluntad consistiría en solicitar la imposición de una determinada pena con base en un fundamento fáctico, en un hecho de la vida real, y en un fundamento jurídico, esto es, la norma material penal.

Sin embargo, la aplicabilidad del concepto de pretensión al proceso penal como declaración de voluntad, no ha sido aceptada por toda la doctrina. De este modo, algunos critican tal posición, porque podría significar una vía de privatización de la imposición de las penas, en cuanto se dejaría en manos de los particulares o del Ministerio Público la solicitud de aplicación de las mismas. Para otros autores, el rechazo del término pretensión al proceso penal, se deriva, entre otras cosas, del hecho que en el proceso penal lo único que puede solicitarse es la condena; la petición del acusador, su declaración de voluntad sólo puede restringirse a solicitar la condena del acusado.

Sin perjuicio de dichas consideraciones doctrinarias negativas sobre el punto en cuestión, sostengo que el concepto de pretensión también puede ser útil en sede procesal penal, dentro de ciertos términos y haciendo la salvedad de no identificar estrictamente su contenido con el homónimo civil. En materia penal no cabrá nunca una declaración de voluntad o una petición de reconocimiento de un derecho propio.

La pretensión puede relacionarse con la acusación, es decir, con lo que el legislador procesal penal llama acción penal (art. 53 y siguientes CPP). Pero la pretensión puede identificarse con la acusación no en tanto exigencia de condena, sino como pilar o presupuesto imprescindible para la apertura y desarrollo del proceso contra una persona y por un hecho determinado.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

I Sentido de la expresión debido proceso en el derecho chileno

En Chile, todas las personas que habitan el territorio nacional tienen reconocido un derecho fundamental a un debido proceso, pese a que no existe ninguna disposición constitucional que así lo exprese. La Constitución Política de la República (en adelante CPR) no utiliza la expresión *debido proceso* pero no por un olvido o un explícito deseo de no reconocer esta garantía a las personas, sino por no emplear una denominación que tiene sus orígenes en el derecho anglosajón (*due process of law*), lo que a juicio de Evans podría haber obligado a los operadores jurídicos nacionales a interpretar la garantía a la luz de lo que la doctrina y jurisprudencia anglosajonas han construido al respecto. Por este motivo, el constituyente de 1980 optó por usar la expresión equivalente de *racional y justo procedimiento* (art. 19 n° 3 inciso 6° CPR). En esta garantía de nuestro texto constitucional hay que entender el reconocimiento del debido proceso como derecho fundamental de los ciudadanos. Es ese, el debido o justo proceso, el derecho fundamental que quiso reconocer el constituyente de 1980.

¿Qué ha de entenderse por racional y justo procedimiento o debido proceso? Dicho de otro modo, ¿qué garantiza el debido proceso a los habitantes del territorio nacional? Evidentemente nos encontramos con una cláusula de contenido indeterminado que debe ser colmada por el legislador o por los tribunales de justicia. La Comisión de Estudio de una Nueva Constitución (en adelante CENC), en sus sesiones 101 a 103, dejó claro que este derecho fundamental se refería a garantías tales como el emplazamiento de las partes, el examen y objeción de la prueba rendida, la existencia de recursos procesales, la fundamentación de las sentencias, etcétera, enumeración que tiene un mero sentido ejemplar, puesto que el objetivo de la cláusula "racional y justo procedimiento" era el concebir un principio de carácter constitucional que debía ser determinado en cada caso concreto por aquellos órganos competentes para realizar esa labor.

Ahora bien, nuestro texto constitucional, aparte de la criolla cláusula general del debido proceso, reconoció algunas específicas garantías que tradicionalmente han formado parte de un debido proceso, como lo son el

derecho de defensa jurídica en juicio (art. 19 n° 3 inc. 2° CPR) y el derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley (art. 19 n° 3 inc. 5° CPR). A esas garantías deben agregarse todas las otras que reconocen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado chileno y que se encuentren vigentes (art. 5° CPR).

De conformidad con lo sostenido precedentemente, la expresión *debido proceso* en Chile debe referirse a específicos derechos procesales reconocidos en la Constitución de 1980 como lo son: el derecho a la defensa jurídica y a un tribunal ordinario predeterminado por la ley; a específicos derechos procesales reconocidos en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado chileno y que se encuentren vigentes, como lo es, entre otros, aquel referido a un tribunal competente, independiente e imparcial, y finalmente, por *debido proceso* puede entenderse también un principio constitucional orientador de la actividad del legislador y de los tribunales de justicia en el país.

Si entendemos que existe un principio constitucional de racionalidad y justicia en los procedimientos judiciales, es decir, nuestro debido proceso entendido como cláusula o principio general de carácter constitucional, surge la duda de si es compatible dicha cláusula de carácter general con específicos derechos procesales taxativamente reconocidos. Se podría sostener que la idea del debido proceso como un principio general de carácter constitucional renía razón de ser antes de la reforma constitucional de 1989 que introdujo el art. 5° CPR, toda vez que en la lógica original del constituyente de 1980 figuraba el criterio de no cerrar el catálogo de garantías procesales de una vez y, por el contrario, entregar al legislador y a los tribunales con competencia para velar por la supremacía constitucional la concreción de específicas garantías que sean expresión de este principio general de carácter constitucional. Sin embargo, al incorporarse un extenso catálogo de derechos procesales con la suscripción de tratados internacionales sobre derechos humanos y su inclusión al sistema constitucional chileno producto de la reforma constitucional de 1989 (art. 5° CPR), se podría pensar que la utilidad del debido proceso como principio general que necesita ser precisado en casos concretos ya no tiene sentido. Así, se podría concluir que cuando se hace referencia al derecho a un debido proceso en nuestro país se alude a los específicos derechos procesales que reconocen el artículo 19 n° 3 inciso 2° e inciso 5° CPR y los tratados internacionales sobre derechos humanos (especialmente el art. 8° CADH y el 14° del PIDCP).

Otra interpretación posible dirá que el reconocimiento de específicos derechos procesales en el texto constitucional, y en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado chileno, no excluye esta faceta expansiva del debido proceso como principio constitucional, que puede servir para que el legislador y los tribunales de justicia reconozcan, además otros ámbitos de justicia de los procedimientos judiciales que no han sido expresamente abordados en la Constitución ni en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

El debido proceso, en definitiva, funcionará como un metaderecho referido a un conjunto de derechos procesales mínimos más o menos detallados en la Constitución o en tratados internacionales sobre derechos humanos, pero también funciona como un principio de carácter constitucional y como un concepto jurídico indeterminado que deberá ser precisado o colmado por los órganos a los que el sistema jurídico entregue esta competencia. En esta última concepción, el debido proceso permitiría una expansión de las garantías mínimas reconocidas en la Constitución o los tratados internacionales.

II Debido proceso sustantivo y debido proceso procesal

Desde el derecho estadounidense, parte de la doctrina nacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se viene señalando que el principio de debido proceso no solo se aplica y debe regir la actuación de los tribunales de justicia, sino que es un imperativo de racionalidad y justicia que se debe exigir a toda la actuación de los órganos del Estado, incluido el legislador y, especialmente, Gobierno y Administración. Cuando se habla de un debido proceso exigible a todos los órganos del Estado, excluidos los tribunales de justicia, se hace referencia a un debido proceso sustantivo. Cuando la referencia incluye solo a los tribunales de justicia, se habla de un debido proceso procesal.

En sus dos dimensiones se puede decir que está recogido en el artículo 19 n° 3 inciso 6° CPR: "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos".

Desde luego, si exige racionalidad a los procedimientos y a las investigaciones, ello no solo involucra a los tribunales de justicia, sino al procedimiento

legislativo y administrativo, así como a la investigación que realizan órganos no jurisdiccionales como el Ministerio Público.

sin embargo, la fórmula de este inciso no es del todo feliz, pues no se limitó a señalar que la racionalidad y justicia debe predicarse de todo procedimiento de investigación, sino que avanzó por hacer jurisdiccional todo acto de decidir conflictos, aplicar sanciones o determinar derechos de las personas, independientemente de qué órgano desarrolle esa función. En este sentido, la interpretación que de este inciso ha realizado la doctrina y jurisprudencia nacionales ha avanzado desde un punto de vista orgánico, haciendo todo acto de decisión estatal como jurisdiccional, en vez de exigir justicia y racionalidad a todos los actos del Estado, especialmente a la Administración cuando ejerce potestades sancionatorias o decisorias. Propondré, al respecto, una interpretación diversa de esta cláusula.

La tesis que postulo parte de la base de que la intención de los redactores del actual artículo 19 n° 3 inciso 6° CPR no era una referencia a determinados órganos, además de los tribunales de justicia. Lo que se intentó al recoger este precepto constitucional era asegurar una garantía para las personas con referencia a determinadas funciones del Estado y no a órganos del Estado. Me explico. A los redactores de esta disposición constitucional les importaba que cuando la Administración u otro poder del Estado decidieran sobre los derechos e intereses de las personas, esa decisión debía ser racional y justa, es decir, no arbitraria. En este sentido, este precepto constitucional puede ser interpretado como la incorporación a nuestro derecho constitucional de la cláusula de la interdicción de la arbitrariedad de (principalmente) la Administración del Estado, o bien como la exigencia de la actuación de todos los poderes del Estado bajo las exigencias de un debido proceso sustantivo.

La garantía constitucional está referida, por tanto, a ciertos requisitos de actuación -con racionalidad y justicia- de los órganos del Estado; no a la incorporación de nuevos órganos del Estado (los órganos que ejercen jurisdicción).

Esa preocupación de los redactores de la disposición responde al problema político e ideológico que antecede a la Constitución de 1980. Me refiero a la Administración del gobierno de Salvador Allende cuando procedía a la expropiación y requisición de bienes dentro del proceso de socialización de los medios de producción. Esa Administración, a los ojos de los redactores de la Constitución de 1980, actuaba de una manera arbitraria, sin oír al afectado,

sin que éste tuviera derecho a defenderse, sin que el órgano fundamentara adecuadamente su decisión, etc.

En este sentido, con la incorporación de la cláusula del actual 19 n° 3 inciso 6° CPR se quería someter a ciertos cánones de racionalidad y justicia las decisiones y actuaciones del Gobierno y Administración cuando incidían sobre los derechos e intereses de los ciudadanos. Todo ello parece ser muy razonable y responde a experiencias conocidas en el derecho europeo y estadounidense. El problema se dio, sin embargo, al cambiar el punto de mira de la cuestión desde declarar que todos los órganos del Estado deben actuar de una manera no arbitraria o bajo estándares del debido proceso sustantivo, hacia considerar que esos órganos, especialmente el Gobierno y Administración del Estado, cuando deciden sobre derechos e intereses de las personas, están ejerciendo Jurisdicción. Ese fue un paso indebido e innecesario y que ha traído más de un problema para nuestro Estado de Derecho.

Para evitar que tengamos nuevamente interpretaciones como las que sobre este punto ha dado nuestro Tribunal Constitucional y parte de la doctrina, es necesario que nuestra Constitución no duplique los órganos que realizan la función jurisdiccional. La función jurisdiccional solo debe ser desarrollada por tribunales de justicia. No debe haber referencia alguna al término órgano que ejerce Jurisdicción sino que debe haber referencia solo a la interdicción de la arbitrariedad del Estado o, si se quiere, al debido proceso entendido sustantiva y procesalmente.

III Contenidos del derecho y principio del debido proceso

1 Derecho a un tribunal independiente e imparcial

Este derecho lo exige el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Este derecho ha sido analizado en extenso a propósito de la exigencia de independencia e imparcialidad en la actuación de los tribunales de justicia.

2 Derecho a un tribunal ordinario predeterminado por la ley

Este derecho está reconocido en el artículo 19 n° 3 inciso 5° CPR: "Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare

la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del Hecho". Este derecho se refiere a dos tipos de cuestiones. En primer lugar, al tipo de órgano que puede enjuiciar y, en segundo lugar, al momento en que debe estar constituido.

El derecho al juez natural o la prohibición de comisiones especiales es un derecho fundamental de larga data en el derecho europeo y chileno, y que constituye una manifestación de la independencia del poder judicial, la igualdad ante la ley y la libertad de las personas. Tiene clara influencia en la legislación revolucionaria francesa, en particular la Constitución francesa de 1791 y la Ley de separación de poderes de 1790, que reconocían este derecho en términos bastante amplios, "estableciendo una prohibición muy estricta a la interferencia del Ejecutivo en la actividad judicial".

Hay que entender que en el contexto histórico en el que nace una garantía como la referida al derecho de las personas a no ser enjuiciadas por comisiones especiales, era esencial evitar que el poder ejecutivo o la Administración se inmiscuyera en la función judicial perjudicando a las personas.

Es evidente la conexión entre el derecho a un juez natural o la prohibición de comisiones especiales y la organización del Estado chileno como un Estado de derecho inspirado en la separación de poderes y la independencia judicial. Por ello, un elemento fundamental para calificar a un órgano como comisión especial, es su régimen orgánico y procesal que tiene.

La Corte Suprema ha expresado que cuando la autoridad administrativa se arroga atribuciones jurisdiccionales vulnera el artículo 19 n° 3 inciso 4° (hoy 5°) y es una comisión especial⁹.

Siguiendo los criterios de la doctrina y jurisprudencia apuntados, se debe concluir que el principal fin que tiene el derecho fundamental de las personas a contar con un juez natural o bien la prohibición de comisiones especiales, es asegurar que las personas serán juzgadas por tribunales de justicia independientes, alejados de toda sospecha de politización o parcialidad. Por ello, constituye algo esencial para la libertad de las personas, que el poder legislativo, pero sobre todo el ejecutivo o la Administración, no puedan juzgar a un particular afectando sus derechos.

⁹ Sentencia de la Corte Suprema de 2 de agosto de 1993, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XC, segunda parte, se. 5°, p. 190.

Por otra parte, exige que el tribunal esté constituido o establecido con anterioridad a la perpetración del hecho a enjuiciar. La palabra perpetración no debe inducir que este derecho solo opera en el ámbito penal. No es así, es una garantía aplicable a toda actuación jurisdiccional.

Por otra parte, debe exigirse que la creación de un tribunal solo sea competencia del legislador. Se exige reserva de ley en esta materia. No pueden crearse, por tanto, tribunales por decreto del Presidente de la República ni por otra vía jurídica inferior a las de rango legal. Desde luego que es permitido que sea la Constitución quien los cree, como ocurre con el Tribunal Constitucional.

Se ha entendido en el derecho comparado que la predeterminación legal del juez está referido al órgano jurisdiccional y no a las diversas salas o secciones de un mismo tribunal. En este sentido, en materia de recurso de apelación por ejemplo, el justiciable tiene derecho a que la Corte de Apelaciones competente conocerá del recurso, pero no puede exigir de antemano la composición concreta de la sala de esa Corte que conocerá del recurso.

3 El derecho a la defensa jurídica

Este derecho está reconocido en su faceta más general por nuestra Constitución, en su artículo 19 n° 3 inciso 2°: "Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida". Luego el inciso 3° agrega: "La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. En el inciso 4° del mismo artículo se asegura que "toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley".

El derecho de defensa asegura a las partes la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas, pero sin que sea necesario que, de facto, tenga lugar una efectiva controversia argumental entre los litigantes que, por razones de diversa índole, puede no producirse. Esto quiere decir que no se afecta este derecho en concreto, si se ofrece a los litigantes la posibilidad real de ser oídos, con independencia de que éstos hagan uso o no de esta posibilidad.

En orden a conseguir que la defensa procesal se pueda llevar a cabo, es de especial relevancia que los órganos jurisdiccionales permitan a las partes su defensa procesal mediante la correcta ejecución de los actos de comunicación establecidos por el legislador.

La adecuada defensa judicial no se opone que con miras a obtener una tutela judicial efectiva, el legislador pueda prever que determinados actos, como autorizar una determinada medida precautoria o cautelar, se pueda llevar a cabo de manera previa al derecho del demandado de contradecir. En este caso, el derecho a la defensa se lo hace ponderar con el derecho a la tutela judicial, para que este último sea efectivo a los fines de la efectividad en la tutela de los derechos materiales del demandante.

El derecho de defensa comprende no solo la asistencia de un abogado elegido libremente por el justiciable o el abogado de oficio que según la ley nombre el tribunal o la autoridad competente; comprende también el derecho a defenderse personalmente. Sin embargo, a ello no se opone que el legislador pueda exigir la comparecencia ante el tribunal con el patrocinio de un abogado y con la representación de un mandatario judicial, abogado o estudiante de los cursos más avanzados de derecho, según disponga el legislador.

Para que el derecho de defensa pueda llevarse a cabo con efectividad, las personas, en virtud del artículo 8.2 a) CADH, tienen derecho a un intérprete o traductor. Para poder defenderse se requiere comprender a cabalidad los motivos por los cuales se lo acusa. Este derecho está reconocido en la CADH solo en materia penal. Este derecho no solo es de los extranjeros que son imputados de delito en Chile, sino también de aquellos chilenos que no hablan o entienden correctamente el idioma español.

En materia exclusivamente penal, las personas tienen derecho, para poder defenderse correctamente, a que exista comunicación previa y detallada de la acusación formulada en su contra (art. 8.2 b) CADH). El imputado tiene derecho a conocer a cabalidad los hechos y los cargos que se le imputan, para así poder defenderse de manera contradictoria. Lo esencial es conocer los hechos considerados punibles. Su calificación jurídica puede variar durante el procedimiento.

En relación a este punto, se habla de un principio que debe informar la acusación y defensa del imputado: El principio acusatorio. En materia penal debe existir una contienda entre dos posiciones contrapuestas, esto es, acusador y acusado, que tiene que resolver un juez como tercero imparcial.

Se exige una neta distinción entre las funciones de acusador, defensa y juzgador, que deben recaer en órganos y sujetos diversos. Quien acusa debe ser un sujeto distinto al que juzga. No puede realizarse un juicio sin previa acusación sostenida por un sujeto distinto del juez. La sentencia dictada en el juicio tiene que tener correlación con la acusación. Esta correlación tiene dos dimensiones básicas: subjetiva y objetiva. La acusación determina a quien con exclusividad se va a enjuiciar. Nadie puede ser condenado sin previamente haber sido acusado ante el tribunal. Desde el punto de vista objetivo, el hecho punible debe ser mantenido inmutablemente desde que ha sido calificado y la sentencia judicial solo puede referirse a él, sin que se puedan agregar después de la calificación otros hechos. En esta materia, también existe lo que se denomina prohibición de *reformatio in peius*. Esto significa que la situación del condenado recurrente, fijada en la sentencia recurrida, no puede verse agravada por la resolución del tribunal de apelación, casación, nulidad o del recurso que haya previsto el legislador ante un tribunal superior (art. 8.2. h) CADH).

En relación con el derecho de defensa, debe mencionarse el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. No aparece reconocido expresamente en ningún texto internacional ni en nuestra Constitución. Pero hay que entender que una de las manifestaciones o posibilidades concretas de la defensa judicial consiste en la posibilidad de que se admitan o practiquen pruebas. El legislador tiene plena facultad para configurar el ejercicio de este derecho pero de un modo tal que permita su ejercicio real y efectivo. En este poder configurador, el legislador puede autorizar al juez que impida que las partes soliciten pruebas impertinentes, esto es, que no tengan relación con el objeto litigioso del proceso o el *tema decidendi*. Lo mismo sucede en caso de pruebas ilícitas, es decir, obtenidas con infracción de derechos fundamentales de algún sujeto. Por último, la prueba debe rendirse en los tiempos y oportunidades procesales que fije el legislador.

Este es un derecho que tiene aplicación en todos los ámbitos jurisdiccionales, no solo en el ámbito penal. La existencia de prueba de oficio o medidas para mejor resolver en manos del juez no forma parte integrante del derecho a la prueba. Pero si el juez determina decretar de oficio una prueba, las partes tienen el derecho a intervenir contradictoriamente durante su realización. Se trata de un derecho que pertenece a ambas partes procesales.

En relación a la prueba y solo con connotación penal, el art. 8.2. e) CADH asegura al acusado por delito el derecho de interrogar a los testigos y de obtener la comparecencia de otros testigos o peritos.

Por su parte, el artículo 8.2. g) CADH reconoce el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; todo ello obviamente en sede penal. Entre otros aspectos, comporta darle validez plena a la confesión que el sujeto presta voluntariamente, aunque sea contra sí mismo. En este mismo sentido el artículo 8.3 CADH establece que la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

En relación con una efectividad en la defensa del inculpado, el artículo 8.2 CADH asegura el derecho a ser presumido inocente, por lo que solo tiene aplicación en sede penal. Sobre este punto hay que señalar que el ámbito penal fue el primer escenario donde los ilustrados europeos manifestaron una preocupación por la situación de los contendientes de un proceso judicial. Y tal preocupación deriva de una constatación esencial, cual es que en el proceso penal, desde que existe algo que podemos denominar Estado, el sujeto perseguido o imputado de delito no se encuentra en una situación de igualdad frente al ente que lo persigue o acusa. El proceso penal, desde el medioevo en adelante, no corresponde a un modelo isonómico o donde exista igualdad de los contendientes. Es por definición desigual. Es el Estado quien figura en el proceso penal como parte activa mientras que como sujeto pasivo, es decir como imputado o acusado, figuran uno o más sujetos singulares.

El Estado cuenta, desde luego, con el auxilio de la fuerza pública para llevar a cabo la investigación, así como con el trabajo de los persecutores fiscales y con recursos económicos que le permite contar con alta tecnología para obtener pruebas tales como análisis de huellas dactilares, grabaciones telefónicas, filmaciones en lugares públicos, análisis balísticos, análisis de ADN, etcétera. A eso puede agregarse que el Estado puede tener acceso a los medios de comunicación estatales o privados, estableciendo su versión sobre el delito y sus responsables, lo que puede predisponer la posición del juez y de la sociedad frente al sujeto imputado por el delito.

Es por lo anterior que uno de los primeros pasos que realizaron los reformadores ilustrados europeos continentales, a fines del siglo XVIII y principios del XIX, fue la introducción del denominado *principio de presunción de inocencia*, el que intenta balancear la posición de los sujetos del enjuiciamiento penal. Estamos frente a la más antigua bandera de lucha de las concepciones democrático-liberales del proceso penal, que se opuso al modelo del absolutismo autoritario antes vigente.

No estamos, hay que decir, frente a una verdadera presunción, pues no se exige acreditar un hecho base del cual se pueda deducir una consecuencia

jurídica. Antes bien, estamos frente a un *status* que acompaña al imputado durante toda la investigación y también frente a una regla de juicio que tiene como destinatario directo al tribunal. Este se encuentra impedido para declarar la responsabilidad del acusado si del juicio penal no resulta una actividad probatoria exitosa por parte de la parte acusadora, es decir, de los fiscales del Estado. Para ser exitosa, además de dar por establecidos suficientemente los hechos que configuran el delito y la responsabilidad de un acusado, dicha actividad tendrá que ser lícita; lo que significa que las pruebas en cuestión se deberán obtener respetando en ello los derechos del acusado y de terceros, so pena de exclusión o no consideración de las mismas por el juez o tribunal.

La presunción de inocencia, como ya decía, es un estado jurídico que consiste en reconocerle la calidad de inocente durante toda la etapa de investigación y el proceso penal al imputado; situación que solo puede cesar por una sentencia judicial condenatoria que adquiera la calidad de firme o ejecutoriada, es decir, cuando respecto de ella no procede ningún otro recurso procesal o procedimiento judicial que permita discutir esa condena.

En el sistema europeo de los derechos humanos, la presunción de inocencia no sólo ha funcionado como carga de la prueba o regla de juicio dirigido al juez, en los términos anteriormente apuntados. Adicionalmente, en cuanto a estado o *status* jurídico especial, le impide exteriorizar opiniones a los órganos estatales encargados de la persecución estatal, así como a los jueces que deberán conocer del caso. En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que se afecta la presunción de inocencia cuando en una causa específica, el Ministro del Interior y las policías hacen declaraciones por la televisión, en un horario de gran audiencia, sindicando al imputado como responsable de un determinado delito. Esas declaraciones, a juicio de la Corte de Estrasburgo, condicionan al público a dar por establecida la culpabilidad del imputado y, de otro lado, prejuician la valoración de los hechos que en ese caso debía hacer imparcialmente el tribunal.

Hay que observar que esta última es una dimensión que en el desarrollo del enjuiciamiento criminal chileno no está siempre presente y que, de ser incorporada explícitamente, podría dar lugar a anular diversos juicios. Hay que tener en cuenta que los juicios penales chilenos pueden ser anulados por la Corte Suprema cuando se afecta el derecho al debido proceso del acusado (artículo 373, letra a), Código Procesal Penal); derecho fundamental del cual la presunción de inocencia, tal como en los demás sistemas jurídicos occidentales, ciertamente forma parte.

Ahora bien, este estado de inocencia que debe informar la situación del imputado durante toda la investigación criminal no se opone a que el legislador pueda regular durante esa investigación una presunción de responsabilidad penal que pueda justificar que, en algunos se imponga una medida cautelar de carácter personal, como el arraigo, el arresto domiciliario o inclusive la prisión preventiva en un recinto carcelario. En todo caso, para que esa presunción de culpabilidad juegue de una manera respetuosa con la presunción de inocencia, el juez o tribunal debe aplicar las medidas cautelares personales con el máximo cuidado, viendo cuáles medidas de las que señala la ley pueden lograr el fin que se busca (por ejemplo evitar la fuga del imputado o que no se alteren pruebas) de un modo tal que lesionen lo menos posible el derecho a la libertad personal del imputado; el que, como he dicho, no mediando una condena por sentencia que se encuentre ejecutoriada, siempre y en todo momento, debe ser considerado inocente.

En definitiva, se trata de dos presunciones de signo contrario, siendo la presunción de inocencia más relevante que la otra, pues forma parte de un derecho fundamental de todo imputado por delito. En este sentido, las restricciones a la libertad personal del imputado deben ser las mínimas posibles y deben ser siempre aplicadas utilizando un criterio de razonabilidad que permita hacer convivir adecuadamente los fines de eficiencia en la persecución penal con el respeto de la libertad de las personas. Corresponderá a cada juez o tribunal en el caso concreto articular de una manera adecuada esta convivencia que, en sus trazos generales, debe haber diseñado previamente el legislador.

La presunción de inocencia, como se ha visto, es claramente una medida que contribuye a equilibrar o igualar la situación de los sujetos que intervienen en el enjuiciamiento criminal.

4 Derecho a un proceso oral y público

En la Convención Americana de Derechos Humanos, la publicidad, y luego se podría deducir la oralidad, solo es exigida para los procesos penales. El artículo 8.5 garantiza que el proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. Para los juicios civiles no existe tal prescripción normativa. Sólo garantiza la CADH el derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial.

En una interpretación muy literal, en el derecho a ser oído por el tribunal (8.1. CADH) podría entenderse la exigencia de establecer procedimientos

orales, pero la verdad es que en la mayoría de las constituciones y documentos internacionales esta sólo se exige por imperativo de la publicidad. Exigiéndose la publicidad del procedimiento, se exige, consecuentemente y no para todas las etapas sino sólo para las alegaciones de las partes y la rendición de las pruebas ante el tribunal, la forma oral del procedimiento. No exigiéndose la publicidad, como ocurre para los procesos civiles en la CADH, no hay exigencia de oralidad.

Tenemos de este modo que en el derecho chileno el juicio penal debe ser oral y público. La publicidad y oralidad en materias no penales sólo es exigida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no así por la CADH. La mayor exigencia de publicidad y oralidad en el orden penal que en el civil corresponde, por lo demás, a un cierto consenso en la doctrina y en el derecho comparado. Las exigencias del debido proceso, y en este caso la publicidad y oralidad del proceso, son mucho más incisivas en materia penal que civil. De este modo, un juicio penal escrito -donde la publicidad se ve dificultada- es contrario a las exigencias constitucionales y a los tratados de derechos fundamentales vigentes en Chile.

El derecho a un juicio público busca proteger a las partes de una justicia sustraída del control público. Asimismo, busca mantener la confianza de la comunidad en los tribunales de justicia. Todo ello busca consolidar la vigencia del Estado de Derecho.

El derecho a un juicio público admite límites, los que debe establecer el legislador. Como toda ley que desarrolla o, en este caso, limita derechos fundamentales, deberá ser respetuosa del contenido esencial del derecho. De este modo, dicha ley podrá ser controlada por el Tribunal Constitucional. Por otra parte, al tratarse de límites a un derecho fundamental, la resolución judicial que restrinja el ejercicio del derecho deberá estar motivada, de forma tal que la razón determinante de la decisión pueda ser conocida por el afectado.

5 Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

El artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos garantiza que "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable [...]".

El derecho a una respuesta judicial dentro de un plazo razonable comporta un análisis en concreto, caso a caso, que debe ser realizado por el órgano

jurisdiccional a quien le corresponda velar por el respeto del debido proceso en un juicio particular. De acuerdo a la jurisprudencia que se ha conformado en el derecho comparado, comporta examinar un conjunto de variables como el comportamiento del tribunal, la conducta de las partes, la complejidad del asunto y la duración media de ese tipo de procedimiento. Se trata de un complejo de variables que rechaza un mero incumplimiento de los plazos procesales para dar por constituida la violación de este derecho fundamental.

pero, además, comporta un examen de la ley que regula los distintos procedimientos. Aquí se puede analizar críticamente la escrituración de los procedimientos, si hay o no concentración de la actividad procesal, si existen trámites innecesarios, excesivos recursos procesales, etcétera. Ese control en nuestro derecho sólo puede ser realizado por el Tribunal Constitucional por medio de la inaplicabilidad de las leyes y luego, eventualmente, por la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes (artículos 93 n° 6 y 7 Constitución Política de la República), sin perjuicio del control preventivo de los proyectos de ley de carácter procesal en tramitación ante el Congreso Nacional.

6 Derecho a una sentencia motivada

En nuestro derecho patrio no hay ninguna norma del sistema constitucional (Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos) que disponga que las resoluciones judiciales deben ser motivadas o fundamentadas.

Sin embargo, se puede justificar la existencia de este derecho de los justiciables a obtener una sentencia judicial motivada en los hechos y el derecho como expresión de la cláusula del justo y racional procedimiento consagrado constitucionalmente. Es lógico concluir que si el proceso por el cual se llega a la decisión jurisdiccional debe ser "racional y justo", según exige nuestra Constitución, la decisión también debe serlo pues, como señalara Piero Calamandrei (1954) hace más de cincuenta años, el signo más importante y más típico de racionalización de la función jurisdiccional es la motivación de las decisiones judiciales.

En la expresión procedimiento a que se refiere el artículo 19 n° 3 inciso 6° Constitución Política de la República, el que debe ser racional y justo, debe considerarse el fenómeno procesal completo que se inicia con la impetración de la actividad jurisdiccional por el interesado y termina con la decisión del juez que se pronuncia, normalmente, sobre la pretensión deducida por el actor. El proceso no puede desvincularse de la decisión judicial puesto

que están necesariamente conectados en una relación de medio a fin, de instrumento a resultado, de premisa a consecuencia.

El proceso o su expresión formal como es el procedimiento y sentencia judicial, deben ser racionales y esta última lo será si está debidamente fundamentada.

Sin embargo, y específicamente el derecho a una fundamentación fáctica de las sentencias, puede deducirse directamente del derecho de defensa de las partes. Una concreción o especificación de ese derecho de defensa es el derecho de cada parte de aportar los medios de prueba de conformidad a la ley. Para respetar ese derecho a la prueba, el juez debe hacerse cargo de todas y cada una de las pruebas introducidas por las partes en su sentencia, las hubiese estimado o no.

La valoración de cada prueba presentada que se adscribe al modelo analítico de motivación de las conclusiones probatorias, excluye el denominado sistema holista o globalizador que permite al tribunal realizar una valoración conjunta de las pruebas presentadas en juicio. Este modelo analítico excluye argumentaciones judiciales del tipo "en virtud de los medios probatorios aportados en juicio este tribunal ha formado su convicción de que el demandado causó los daños reclamados por el actor". Ahora bien, una vez que el tribunal ha realizado una valoración respecto a cada medio probatorio aportado, ello no excluye al final una valoración conjunta de las pruebas con fines conclusivos o de cierre de la argumentación

De acuerdo con la actual normativa sobre fundamentación de las sentencias civiles, los jueces podrían perfectamente no decir nada sobre algunas pruebas presentadas por las partes en juicio, lo que afectaría su derecho a la prueba. Pero además, no hay ninguna exigencia respecto a que los jueces en sus sentencias permitan la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones.

OCTAVA PARTE

CAPÍTULO PRIMERO

BASES GENERALES DE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL
CHILENA: LOS PRINCIPIOS INFORMADORES

En primer lugar, hay que explicar que la potestad jurisdiccional es ejercida en nuestro país por los tribunales de justicia, esto es, los órganos públicos que ejercen la función jurisdiccional del Estado. De acuerdo con el artículo 5° COT, los tribunales podrán o no integrar el Poder Judicial.

I Tribunales que forman parte del Poder Judicial

Integran el Poder judicial como tribunales ordinarios de justicia, la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los presidentes y ministros de Corte, los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, los Juzgados de Letras y los Juzgados de Garantía. Asimismo, integran el Poder Judicial como tribunales especiales los Juzgados de Familia, los Juzgados de Letras del Trabajo, los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional y los Tribunales Militares en tiempo de paz.

II Tribunales que no forman parte del Poder Judicial

Fuera del Poder Judicial, se encontrarán los demás tribunales especiales que se regirán por las leyes que los establecen y reglamentan, sin perjuicio de quedar sujetos a las disposiciones generales del COT., según dispone el artículo 5° COT. Esta última parte habrá de matizarse diciendo en lo que les sea aplicable o bien por aplicación supletoria.

Fuera del Poder Judicial podemos distinguir entre tribunales especiales reconocidos en la Constitución Política de la República y aquellos reconocidos solo por la ley.

Entre los tribunales especiales situados fuera del Poder Judicial de origen constitucional están: (1) El Tribunal Constitucional; (2) El Tribunal Calificador de Elecciones; y (3) Los tribunales electorales regionales.

Discutible es si otro órgano de origen constitucional como el Senado pueda ser considerado un tribunal de justicia o bien un órgano que ejerce Jurisdicción, cuando conoce del juicio político regulado en el artículo 53 n° 1

CPR. A mi modo de ver, el Senado en este caso no es un tribunal de justicia ni un órgano que ejerce Jurisdicción. Y el juicio político no es actividad jurisdiccional, sino actividad claramente política.

Tribunales especiales fuera del Poder Judicial de origen exclusivamente legal:

- (1) Los Juzgados de Policía Local; (2) Los tribunales tributarios y aduaneros;
- (3) El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia; (4) Los tribunales militares en tiempos de guerra; (5) El Tribunal de la Contratación Pública;
- (6) El Tribunal Arbitral de Propiedad Industrial; (7) El Tribunal Arbitral del DL 1939; (8) Los tribunales ambientales; (9) El Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos; (10) El Subcontralor General como Juez de Cuentas; (11) El Tribunal de Segunda Instancia del juicio de cuentas de la Contraloría general de la República.

Luego hay otros órganos que entre sus competencias ejercen actividades jurisdiccionales, por la naturaleza independiente del órgano y por la forma de conocer, como sucede en los amparos que conoce el Consejo para la Transparencia

Más discutible es la situación de órganos de la Administración del Estado, como las superintendencias, en el sentido de si ejercen una función propiamente jurisdiccional.

III ¿Qué se ha de entender por tribunal de justicia en el derecho chileno?

Para un sector importante de nuestra doctrina nacional, avalada por la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, tribunal de justicia es todo órgano creado por ley que tenga por función resolver conflictos de relevancia jurídica entre partes.

Sin embargo, criticando esa posición doctrinal y jurisprudencial, se podría afirmar que, de conformidad con los artículos 19 n° 3 y 76 y siguientes de la Constitución chilena de 1980, los requisitos fundamentales exigidos por la Constitución para que un órgano sea considerado jurisdiccional, son básicamente los siguientes: (1) Que haya sido establecido por una Ley Orgánica Constitucional (si es que ha sido establecido con posterioridad a la vigencia de la Constitución, de acuerdo al art. 77 y art. 4° transitorio CPR); (2) Con carácter permanente ("nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido

con anterioridad por ésta” (Art. 19 n° 3 inciso 5° CPR); (3) Independiente, lo que se determinará fundamentalmente por el mecanismo de nombramiento de los jueces y la prohibición constitucional respecto del Presidente de la República y el Congreso de intervenir en sus funciones y la inamovilidad de los mismos jueces (artículos 76 y 80 CPR); (4) Que actúe rogadamente (en virtud del derecho de acción regulado en el art. 19 n° 3 inc.1° CPR); (5) Por medio de un proceso legalmente tramitado (art. 19 n° 3 inc.6° CPR); Que aplique el derecho objetivo al caso concreto (“la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado [...]” art. 76 CPR), y (6) Con efectos irrevocables y con desinterés objetivo (“Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”; “Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que regulan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones” (Arts. 76 y 79 CPR).

Si bien la Constitución entrega al legislador (Ley Orgánica Constitucional) la determinación de la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de Justicia en todo el territorio de la República (art. 77 CPR), es decir, confía al legislador cualificado la creación de todos los tribunales, del tipo y cantidad que dicho poder del Estado estime necesarios, la propia Constitución impone algunos requisitos para que tales entes creados por el legislador puedan ser considerados verdaderos tribunales, es decir, según lo que los principios constitucionales exigen. Esto significa que el legislador tiene límites constitucionales para atribuir la actividad jurisdiccional a los entes que estime necesario crear para cumplir esta función. No basta que establezca la creación de un ente denominado tribunal, sino que, constitucionalmente, tiene que serlo, de acuerdo con su estructura orgánica y la función que desarrolla.

Primeramente, ese ente creado legislativamente debe tener el carácter permanente, por lo que no puede atribuir la actividad jurisdiccional a comisiones especiales *ad hoc* o transitorias (art. 19 n° 3 inc. 5° CPR).

El ente jurisdiccional debe cumplir con uno de los requisitos más básicos de la potestad jurisdiccional: su independencia. El inc. 1° del art. 76 CPR señala que “ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes,

revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”, consagrándose así la independencia de los órganos jurisdiccionales. Uno de los mecanismos que prevé la Constitución chilena para asegurar dicha independencia judicial es a través del mecanismo del nombramiento de los jueces y de la inamovilidad judicial.

En cuanto al nombramiento, como ya se ha visto, importa que los jueces de los tribunales no sean nombrados exclusivamente por el Ejecutivo o por el Legislativo. De lo contrario, el legislador podría crear tribunales designados, por ejemplo, solo por el Presidente de la República, con lo cual, perderían toda independencia del poder político de turno. El nombramiento de los jueces compartido por dos o más poderes del Estado, definiría, a mi entender, una de las características propias de los órganos jurisdiccionales en el orden constitucional chileno.

Por otra parte, los órganos que desarrollen la función jurisdiccional deben actuar rogadamente, es decir, previa incoación de un tercero, sin que puedan jamás actuar de oficio. Esto se desprende del derecho fundamental de acción que reconoce el texto constitucional chileno en su artículo 19 n° 3 inciso 1° CPR, lo que además es reafirmado por el artículo 76 inc. 2° CPR, en el momento que expresa que “reclamada su intervención [de los tribunales establecidos por la ley] en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión”. Por lo anterior, ningún órgano creado por el legislador con facultades para iniciar de oficio una actividad juzgadora, podría ser considerado propiamente un tribunal de justicia. La pasividad es una característica de los tribunales de justicia y resalta su carácter no político.

Otra de las características esenciales de un órgano jurisdiccional es que actúe el derecho objetivo irrevocablemente. Lo propio de un tribunal es que dice la última palabra dentro de la organización del Estado, haciendo valer definitivamente el derecho vigente, por una sentencia dotada de fuerza de cosa juzgada. La cosa juzgada constituye un requisito propio de toda actividad jurisdiccional; así lo ha reconocido la Corte Suprema chilena¹⁰, la que ha definido la Jurisdicción como el “poder que tienen los tribunales de justicia para resolver, por medio del proceso y con efectos de cosa juzgada [...]”.

Por otra parte, se requiere que estos órganos que aplican definitivamente el derecho no tengan ningún interés comprometido en relación al objeto

10 · Sentencia de fecha 6 de marzo de 1989, publicada en *Gaceta Jurídica*, 1989, n° 105, pp. 28 y ss.

litigioso del proceso (por eso el artículo 79 CPR establece que los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones).

Hay que agregar además -como se señaló anteriormente- que la potestad jurisdiccional, de acuerdo con el texto constitucional chileno, se desarrolla por medio de un proceso legalmente tramitado (art. 19 n° 3 inc. 6° CPR), lo que implica el juego y la confrontación de la pretensión y la resistencia, es decir de dos posiciones parciales enfrentadas frente al juez, en el trabajo conjunto del conocimiento de los hechos a los que se haya de aplicar el derecho objetivo. Y las exigencias del debido proceso determinarán que la actividad jurisdiccional se deba expresar, entre otras cosas, por medio de resoluciones judiciales debidamente motivadas y siempre atinentes a un caso concreto al cual aplicar el derecho objetivo, por lo que el ente que crea o declara el derecho general y abstractamente no cumpliría una función propiamente jurisdiccional.

Con todo lo anterior, se puede ya decir que en el derecho chileno lo propiamente jurisdiccional dice relación con la actividad que despliega un órgano independiente creado por ley para que, mediante su rogada intervención y por medio del proceso debido, aplique imparcialmente el derecho -conociendo, resolviendo y haciendo ejecutar lo juzgado-, con desinterés objetivo y de manera irrevocable. Esta es la Jurisdicción que desarrollan tanto los tribunales que integran el Poder Judicial, como los que están fuera de él.

IV Organización de los tribunales de justicia

En lo que respecta a los tribunales que integran el poder judicial, hay que decir que su organización descansa sobre un principio jerárquico.

En la cúspide de esta organización jerárquica se encuentra la Corte Suprema y en los grados inmediatamente inferiores, las Cortes de Apelaciones, los tribunales de juicio oral en lo penal, los juzgados de letras y los juzgados de garantía, etc.

La organización jerárquica tiene importancia para diversos efectos. Así, para los fines propios de la disciplina judicial, la cual implica un permanente control o vigilancia de los inferiores por los superiores con miras a su mejor funcionamiento. Para los efectos de los recursos procesales, esto es, para que

se modifique, enmiende o invalide una resolución judicial, generalmente reconocerá del referido recurso el superior jerárquico respectivo.

Esta organización jerárquica conlleva un presupuesto que consiste en la existencia de un Escalafón Judicial, en el que los cargos judiciales se insertan en razón de su importancia o rango preeminente. Esto lleva a la existencia de una carrera judicial. Los cargos más altos tienen mayor renta, prerrogativas y, quizás, prestigio social. Los más altos cargos tienen también un impacto institucional o político mayor, puesto que los tribunales superiores participan en la designación de los nuevos jueces, así como en su calificación y eventual destitución. Esto conlleva a que los jueces y otros funcionarios judiciales hagan carrera funcionaria intentando una ascensión gradual en el escalafón.

El sistema de ascensos vigente hoy en día en Chile, es meramente administrativo, por lo que no permite el ascenso de los más capaces. Parte de la doctrina sostiene que no existe en Chile un sistema que permita medir capacidades de los jueces de modo de permitir el ascenso de los mejores.

Dicho lo anterior, hay que decir que los tribunales de justicia se organizan bajo los siguientes principios:

1 Principio de territorialidad

El artículo 7° COT establece este principio al disponer que "los tribunales sólo podrán ejercer su potestad en los negocios y dentro del territorio que la ley les hubiere respectivamente asignado. Lo cual no impide que en los negocios de que conocen puedan dictar providencias que hayan de llevarse a efecto en otro territorio".

En este último punto, hay que decir que la forma como pueden llevarse a efecto o ejecutarse en el territorio de otro tribunal las resoluciones que un juez dicte en un determinado proceso del que está conociendo, es por medio de los exhortos o cartas rogatorias.

Como excepción al principio de territorialidad, se puede mencionar la inspección del tribunal, como medio de prueba, la que podrá verificarse aún fuera del territorio señalado a la competencia del tribunal (art. 403 inc. 2° CPC).

2 Principio de inavocabilidad

El artículo 8° COT establece que “ningún tribunal puede avocarse el conocimiento de causas o negocios pendientes ante otro tribunal, a menos que la ley le confiera expresamente esta facultad”.

El principio de inavocabilidad tiene íntima relación con el de independencia. Hemos visto que la independencia de los tribunales rige no sólo respecto de las otras potestades o poderes públicos, sino también respecto de los mismos órganos jurisdiccionales entre sí, con especial consideración de la independencia del tribunal inferior respecto a su superior jerárquico.

Excepción al principio de inavocabilidad es la acumulación de procesos que regulan los artículos 92 y siguientes del CPC, así como también los recursos procesales previstos por la ley en los casos en que otro tribunal revisa lo que ha fallado otro, con facultades para modificar, revocar o anular la sentencia revisada.

3 Principio de sedentariedad

Este principio es recogido en diversas disposiciones del Código Orgánico de Tribunales, aunque no existe un precepto general que lo reconozca en esos términos.

El principio viene a expresar que los jueces tienen un lugar fijo para el ejercicio de sus funciones. Se habla así de la “sede” o “asiento” del tribunal. Esta idea de la sedentariedad de los jueces, opuesta a la idea de jueces ambulantes o itinerantes, apunta a una mayor facilidad de acceso al tribunal por parte de los ciudadanos, los que sabrán con anticipación el lugar donde deben concurrir en el caso que tengan necesidad de la intervención estatal jurisdiccional; obedece también a la estructura de la organización judicial que establece la jerarquía del tribunal superior, el que tiene el control disciplinario sobre el tribunal inferior y la posibilidad de conocer de los recursos procesales que interpongan los justiciables. En definitiva, el principio busca que la función jurisdiccional se desarrolle de manera más adecuada y eficiente.

Coherentemente con este principio, la ley obliga a los jueces a residir constantemente en el lugar de su asiento, a menos que en casos calificados, la Corte de Apelaciones respectiva, autorice transitoriamente a los jueces de su ámbito competencial territorial, para residir en un lugar distinto al del asiento del tribunal.

Los jueces de letras, los juzgados de garantía, los tribunales orales en lo penal y la Corte de Apelaciones tienen su sede en las comunas que determina la ley. La Corte Suprema, a su vez, tiene su sede en la capital de la República. Los tribunales especiales fuera del Poder Judicial en el lugar que determinen las respectivas leyes.

Sin embargo, el principio tiene sus excepciones. La más relevante es la del artículo 21 A del COT señala que “cuando sea necesario para facilitar la aplicación oportuna de la justicia penal, de conformidad a criterios de distancia, acceso físico y dificultades de traslado de quienes intervienen en el proceso, los tribunales de juicio oral en lo penal se constituirán y funcionarán en localidades situadas fuera de su lugar de asiento. Corresponderá a la respectiva Corte de Apelaciones determinar anualmente la periodicidad y forma con que los tribunales de juicio oral en lo penal darán cumplimiento a lo dispuesto en este artículo. Sin perjuicio de ello, la Corte podrá disponer en cualquier momento la constitución y funcionamiento de un tribunal de juicio oral en lo penal en una localidad fuera de su asiento, cuando la mejor atención de uno o más casos así lo aconseje. La Corte de Apelaciones adoptará esta medida previo informe de la Corporación Administrativa del Poder Judicial y de los jueces presidentes de los comités de jueces de los tribunales de juicio oral en lo penal correspondientes”.

4 Principio de gratuidad de la justicia

La potestad jurisdiccional, al ser una potestad pública reconocida por el constituyente para dar tutela irrevocable a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, debe ser, necesariamente, gratuita.

Debe tenerse presente que la Justicia no es un servicio público, como generalmente se acostumbra a decir, al menos en la concepción tradicional de los servicios generales gestionados por el Estado. Es decir, la potestad jurisdiccional no es homologable a los tradicionales servicios públicos como los de proveer a la ciudadanía de gas, luz, agua, correos, ferrocarriles, entre otros (los que en muchos países son gestionados por privados bajo criterios de regulación dictados por la autoridad pública competente).

Hay que considerar que la potestad jurisdiccional se impone por mandato constitucional, lo que excluye la discrecionalidad en su instauración o supresión, puesto que el particular ostenta un derecho constitucional a la tutela judicial en la forma procesalmente señalada, susceptible de ser hecho valer ante cualquier orden jurisdiccional. Por el contrario, la Administración

puede discrecionalmente establecer o no un determinado servicio público y los ciudadanos no pueden exigir que ese servicio público se organice u oponerse a su modificación o supresión. Por ello, la Jurisdicción se visualiza como una potestad estatal y no como un servicio público.

De acuerdo con lo anterior, ante la potestad jurisdiccional los ciudadanos acceden por intermedio de un derecho, correlativo al deber del Estado de prestar la tutela jurisdiccional; no es necesario ningún pago de un precio o tasa por la actividad jurisdiccional, puesto que no es un servicio público, ni menos privado.

Sin embargo, para algunas actuaciones jurisdiccionales, hoy en día, los distintos ordenamientos jurídicos aceptan el cobro de determinadas tasas que cubren la utilización del aparato jurisdiccional. Esas tasas intentan desincentivar el uso abusivo o irracional del sistema judicial. Estas tasas generalmente se cobran pensando en los agentes económicos que cobran judicialmente sus créditos impagos. La justificación para el cobro de tasas avanza en el sentido de si hay mucho crédito impago, se piensa en una mala gestión en el otorgamiento del crédito por parte del agente económico o empresa. De este modo, no se considera justo que las rentas del Estado, que se financian principalmente con los impuestos generales de todos los ciudadanos, financien a estas empresas crediticias que intentan cobrar sus créditos ante los tribunales del Estado.

Por otra parte, asumiendo que el acceso y uso de la Jurisdicción es gratuita -lo que quiere decir que su costo es asumido por el Estado y no directamente por los justiciables-, ello no se opone a que los ciudadanos tengan que pagar los honorarios de ciertos auxiliares de la justicia, como ocurre con los receptores, procuradores del número, archiveros, etc. Además, hay que contabilizar el pago de los honorarios de los abogados y procuradores. Todos esos gastos pueden paliarse para la parte a la cual el tribunal da la razón, por medio de la condena en costas de la contraparte.

Ahora bien, la parte que no pueda pagar dichos honorarios por carecer de los necesarios recursos económicos, tiene el derecho a la asesoría jurídica gratuita (art. 19 n° 3 inc. 3° CPR), que se articula con el denominado "privilegio de pobreza", ya sea legal -es decir en los casos que determina la ley- o judicial -es decir, cuando el juez de la causa lo decreta en los casos legalmente contemplados-. En materia penal dicha asesoría gratuita se desarrolla a través del sistema de la Defensoría Penal Pública.

A estos principios de territorialidad, invocabilidad, sedentariedad y gratuidad, algunos autores agregan los de publicidad y pasividad. Y tal inclusión se debe a que están recogidos en el Código Orgánico de Tribunales junto a los otros principios: "los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley" (art. 9° COT); y "los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio" (art. 10 inc. 2° COT).

Sin embargo, tales principios, más que a la organización de los órganos jurisdiccionales, apuntan a la forma cómo deberán desarrollar su actividad en el proceso. Son principios, por tanto, que dicen relación con el proceso, más que con la organización judicial; son principios procesales y no orgánicos. Por tal motivo, no deben ser incluidos en este apartado.

La Constitución de 1980 también establece algunos principios o directrices en torno a los cuales se organizan los tribunales de justicia. Sin perjuicio de que esas normas ya han sido estudiadas en relación a otros temas, se pueden resumir del siguiente modo: legalidad (art. 76 CPR); exclusividad (art. 76 CPR); independencia (art. 76 CPR); inamovilidad (art. 80 CPR), entre otros.

CAPÍTULO SEGUNDO

TIPOS DE TRIBUNALES
EN EL ORDEN JURÍDICO CHILENO

Hemos visto, anteriormente, que el artículo 5° COT dispone que son tribunales ordinarios: la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los presidentes y ministros de Corte, los de Garantía. A su vez, son tribunales especiales integrantes del Poder Judicial: los Juzgados de Familia, los Juzgados de Letras del Trabajo, los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional y los Tribunales Militares en tiempo de paz. Asimismo, existen tribunales especiales ubicados fuera del poder Judicial (Tribunales Militares en tiempo de guerra, Tribunales Tributarios y Aduaneros, etc.).

Analizaremos, a continuación, los tribunales que integran el Poder Judicial.

I Tribunales ordinarios y especiales

¿Qué se quiere indicar con la expresión tribunal ordinario? Se puede decir que los tribunales ordinarios son llamados a ejercer la función jurisdiccional general, que por tradición se acostumbra a dividir entre causas civiles y criminales (art. 76 CPR; 1° COT). Sin embargo, hay que señalar que, desde fines de la posguerra hasta el día de hoy, el número de tribunales especiales, es decir, aquellos tribunales creados por el legislador para conocer de una determinada materia específica –menores, trabajo, militares, etc.–, se ha acrecentado enormemente, sin que haya respondido nunca a un programa previamente establecido, a fin de encontrar en ellos una arquitectura sistemática. Han sido las contingencias históricas las que, en cada caso, han hecho sentir la oportunidad de sustraer ciertas categorías de causas a los tribunales ordinarios.

Entre esas contingencias históricas, cabe decir que están representadas por situaciones tales como la elección de los jueces, no entre los juristas, sino entre personas con conocimientos técnicos y económicos apropiados a la materia a decidir; ya porque se podría seguir ante ellos un procedimiento especial más sencillo y rápido que el ordinario y más apropiado que éste para garantizar la solución rápida de ciertas categorías de relaciones; ya porque en algunos casos, generalmente relativos a conocimientos técnicos o de

contenido económico, se permitirá que la decisión sea fallada de acuerdo a criterios de equidad, más que de derecho.

La creación de tribunales especiales, en resumen, obedece a la complejización del ordenamiento jurídico contemporáneo y al carácter, cada vez más técnico y especializado, que han adquirido las disputas jurídicas.

Ahora bien, por tribunal especial no puede entenderse como juez extraordinario, tribunal ad-hoc o comisión especial. Los tribunales especiales que actualmente reconoce el ordenamiento jurídico chileno –por ejemplo, tribunales de familia, del trabajo, etc.– son un tipo de juez “natural”, y, como tal, contrario a la idea de un juez extraordinario. Juez extraordinario, ad-hoc o comisión especial, es el juez creado expresamente para juzgar una causa singular ya surgida. Dichos tribunales están prohibidos por el artículo 19 n° 3° inc. 5° CPR. Dicho juez o tribunal extraordinario, no puede ser confundido con el juez especial, ya que este último ha sido establecido para juzgar todas las causas pertenecientes a una categoría especial que puedan presentarse en el futuro y como tal respeta las garantías constitucionales.

Dentro de los tribunales ordinarios, habrá que considerar entonces a: (1) Corte Suprema; (2) Cortes de Apelaciones; (3) Presidente de la Corte Suprema; (4) Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago; (5) Ministro de la Corte Suprema; (6) Ministro de las Cortes de Apelaciones; (7) Tribunales de Juicio Oral en lo Penal; (8) Juzgados de Letras, y (9) Juzgados de Garantía.

Dentro de los tribunales especiales, habrá de considerarse a: (1) Juzgados de Familia; (2) Juzgados de Letras del Trabajo; (3) Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional; y (4) Tribunales Militares en tiempo de paz.

II Tribunales letrados e iletrados o legos

Tradicionalmente, con la expresión letrado se ha aludido a la persona que es versada, culta o docta y, en tiempos remotos, esa persona era el abogado. Illetrado o lego será, por tanto, la persona que no es abogado. De este modo, los tribunales letrados estarán integrados por jueces que son abogados y los iletrados por jueces que no son abogados. En Chile, la regla general, en este punto, es la existencia de tribunales letrados.

En general, en el derecho chileno no existen tribunales compuestos íntegramente por jueces legos. Existen tribunales colegiados en que una

facción está compuesta por jueces legos, como sucede con los tribunales ambientales y el Tribunal de Defensa de la libre Competencia.

Veremos, a continuación, con más detalle, la clasificación más importante de los que hemos visto, esto es, la que distingue entre tribunales ordinarios y especiales.

III Tribunales unipersonales y colegiados

Esta clasificación se hace atendiendo al número singular o plural de jueces que ejercen la función jurisdiccional en un mismo órgano. La expresión tribunal es una expresión amplia, que comprende tanto a los unipersonales como a los colegiados, mientras que la expresión juzgado es privativa de los unipersonales.

Desde el año 2000, en virtud de una organización judicial que intenta una utilización más eficiente de los recursos públicos, existe una nueva forma de organización de tribunales que, a estos efectos, denominaré pool de jueces. Es el caso de los Juzgados de Garantía. Se trata, en este caso, de un tribunal plural en su estructura pero que desempeña sus funciones jurisdiccionales unipersonalmente. En el fondo, se puede decir, el tribunal de garantía está conformado, desde el punto de vista funcional, por subtribunales representados por cada uno de los jueces que actúan y resuelven. Lo que busca esta nueva forma de organización judicial es disponer de una sola infraestructura, así como compartir el personal necesario y los costos fijos.

IV Tribunales accidentales y los que no tienen este carácter

A partir de algunos tribunales colegiados, como en la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones, para atender las necesidades propias de la administración de justicia, se han creado tribunales accidentales compuestos por jueces que integran normalmente el tribunal colegiado, pero que para el conocimiento y juzgamiento de determinados asuntos, calificados, ya sea por la materia o por la calidad de las personas que en ellos intervienen o de otras circunstancias, se desprenden momentáneamente del órgano a que pertenecen para reintegrarse a estos una vez cumplido el cometido específico.

Sin embargo, no son los accidentales tribunales *ad hoc* o comisiones especiales. Los tribunales accidentales son un tipo de juez natural, que se adecua a las exigencias constitucionales.

facción está compuesta por jueces legos, como sucede con los tribunales ambientales y el Tribunal de Defensa de la libre Competencia.

Veremos, a continuación, con más detalle, la clasificación más importante de las que hemos visto, esto es, la que distingue entre tribunales ordinarios y especiales.

III Tribunales unipersonales y colegiados

Esta clasificación se hace atendiendo al número singular o plural de jueces que ejercen la función jurisdiccional en un mismo órgano. La expresión tribunal es una expresión amplia, que comprende tanto a los unipersonales como a los colegiados, mientras que la expresión juzgado es privativa de los unipersonales.

Desde el año 2000, en virtud de una organización judicial que intenta una utilización más eficiente de los recursos públicos, existe una nueva forma de organización de tribunales que, a estos efectos, denominaré *pool* de jueces. Es el caso de los Juzgados de Garantía. Se trata, en este caso, de un tribunal plural en su estructura pero que desempeña sus funciones jurisdiccionales unipersonalmente. En el fondo, se puede decir, el tribunal de garantía está conformado, desde el punto de vista funcional, por subtribunales representados por cada uno de los jueces que actúan y resuelven. Lo que busca esta nueva forma de organización judicial es disponer de una sola infraestructura, así como compartir el personal necesario y los costos fijos.

IV Tribunales accidentales y los que no tienen este carácter

A partir de algunos tribunales colegiados, como en la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones, para atender las necesidades propias de la administración de justicia, se han creado tribunales accidentales compuestos por jueces que integran normalmente el tribunal colegiado, pero que para el conocimiento y juzgamiento de determinados asuntos, calificados, ya sea por la materia o por la calidad de las personas que en ellos intervienen o de otras circunstancias, se desprenden momentáneamente del órgano a que pertenecen para reintegrarse a estos una vez cumplido el cometido específico.

Sin embargo, no son los accidentales tribunales *ad hoc* o comisiones especiales. Los tribunales accidentales son un tipo de juez natural, que se adecua a las exigencias constitucionales.

CAPÍTULO TERCERO

LOS TRIBUNALES ORDINARIOS

I La Corte Suprema

1 Función fundamental de la Corte Suprema

La existencia de un tribunal supremo es la norma en la mayoría de los Estados contemporáneos, aunque en cada caso pueda variar la denominación: Corte de Casación en Francia, Italia o Bélgica; Tribunal Supremo en España, Alemania, Holanda o Portugal; Tribunal Federal en Suiza; Corte Suprema en los EE.UU., Chile, Argentina, etc.

En Chile, su denominación ha variado desde Supremo Tribunal Judicial (Constitución de 1818); Tribunal Supremo de Justicia (Constitución de 1822); Suprema Corte de Justicia (Constitución de 1823) y ya Corte Suprema desde la Constitución de 1828.

Sobre la función de un Tribunal Supremo o Corte Suprema existe disparidad de opiniones en la doctrina, especialmente debido a que los modelos de Corte Suprema tenidos en consideración en la mayoría de los sistemas jurídicos, esto es, el modelo francés y el modelo norteamericano, son bastante distintos.

En Francia, la Corte Suprema o Corte de Casación, en sus orígenes históricos tenía por principal función constituirse en garantía de la correcta interpretación de ley aprobada democráticamente en el parlamento (función nomofiláctica). Por el contrario, en los EE.UU., la Corte Suprema se constituye como un poder del Estado, que tiene por principal función el control de legitimidad constitucional de las leyes y la defensa de los derechos de los ciudadanos.

En sus orígenes, en Francia, la función de crear la ley, así como de interpretarla, pertenecía a un mismo órgano: el Parlamento. Si un juez tenía dudas sobre la interpretación que debía dar a la ley, ese juez no podía resolver por sí mismo esa duda, sino que reenviaba el caso para su correcta interpretación al Parlamento (*rèfèrè legislatif*). El Parlamento era el único autorizado para interpretar la ley. Recordemos que, en la concepción de Montesquieu, los

jueces se limitaban a ser la "boca que pronuncia las palabras de la ley"; eran meras "máquinas de hacer silogismos".

Junto con esa función parlamentaria de interpretar autorizadamente la ley, existía un órgano parlamentario dispuesto para anular aquellas sentencias de los jueces que contraviniesen la ley (Corte de Casación). Luego, desde que con la codificación se impuso el principio de la inexcusabilidad, los jueces debieron entrar a interpretar ellos mismos la ley, por lo que el *rèfèrè legislatif* desapareció, sobreviviendo sí la función de la Corte de Casación, como la función propia del órgano legislativo de anulación de las sentencias judiciales ilegales.

Con el correr del siglo XIX, esa Corte de Casación se independiza del poder legislativo y pasa a organizarse como un órgano jurisdiccional: la Corte de Casación.

En los EE.UU., la Corte Suprema desde siempre se constituye como poder del Estado que tiene el fin de custodiar la Constitución y los derechos de los ciudadanos.

Ahora bien, no se crea con este primer deslinde que hemos realizado que los modelos norteamericano y francés de Corte Suprema han sido recogidos en forma pura por los demás Estados. Es posible observar en los países pertenecientes a la tradición del Derecho Continental las más variadas concepciones sobre la función de este máximo tribunal. En efecto, se puede constatar un primer modelo en el que la Corte Suprema aparece dotada de una función de control de la legitimidad de la ley en un estado puro. A esa función nomofiláctica, luego se le agregó, por los aportes de Calamandrei, la función de uniformidad en la interpretación de la ley. Otro modelo es el de un tribunal de tercera instancia, tribunal que es supremo por el hecho de encontrarse en el vértice del sistema de impugnaciones, que desarrolla el control de legitimidad sobre la sentencia impugnada pronunciándose sobre el mérito de la controversia, para así lograr la justicia en el caso concreto. A esta función se le ha denominado *dikelógica*.

En definitiva, en la tradición del Derecho Continental y según cada Estado y período histórico, la Corte Suprema ha desarrollado funciones de conservación de la ley (*nomofilaxis*); de uniformidad, y también de justicia en el caso concreto (*dikelógica*).

En Chile, la Corte Suprema ha recibido los influjos de los modelos francés y estadounidense. En efecto, nuestra Corte Suprema conoce del recurso

de casación, como recurso que intenta velar por la correcta aplicación de la ley. A ello hay que agregar ahora el Recurso de Nulidad en materia penal que combina aspectos del recurso de casación con el amparo de derechos fundamentales. Conoce, además, del recurso de revisión. Pero también conocía hasta la reforma del año 2005 de claras competencias de justicia constitucional, como el recurso de inaplicabilidad, manteniendo, hoy en día, competencias para conocer de las apelaciones recaídas en los recursos de protección y amparo.

Ahora bien, con la casación –el recurso procesal por excelencia de una Corte Suprema de tipo europea continental–, la Corte Suprema contribuye a la unificación jurisprudencial del derecho, asegurando por esta vía, hacia el futuro, la igual aplicación de la ley para casos similares, constituyéndose así en una importante garantía del principio y del derecho a la igualdad ante la ley, sancionado por nuestra Constitución en el artículo 19 n° 2° CPR. Permite, además, mayor certeza en la aplicación del derecho. Son fines a los que la casación debe servir.

Con lo dicho, hay que tener en claro que la Corte Suprema, con el recurso de casación, desarrolla una clara función jurisdiccional, puesto que decide un caso concreto; pero también coadyuva en la tarea legislativa, puesto que fija –o debería fijar– un criterio rector para el futuro para una recta interpretación de la norma. Y esta es la faceta más importante que la doctrina destaca para la casación: tutelar un interés público basado en la certeza e igualdad ante la ley, antes que tutelar los intereses privados de los justiciables. La casación tutela un *ius constitutionis* antes que un *ius litigatoris*.

2 Otras funciones de la Corte Suprema

La Corte Suprema chilena tiene, además, funciones en los órdenes directivo, correccional y económico, sobre los demás tribunales de la nación, a excepción del Tribunal Constitucional, del Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales (art. 82 CPR).

3 Organización de la Corte Suprema

El artículo 78 CPR dispone que la Corte Suprema se compondrá de 21 ministros, 5 de los cuales deberán ser abogados extraños a la administración de justicia.

De esos 21 miembros, uno hará de Presidente. El Presidente será nombrado por la misma Corte, de entre sus miembros y durará en sus funciones dos años, no pudiendo ser reelegido. Los demás se llaman ministros y gozarán de precedencia, los unos respecto de los otros, por el orden de antigüedad.

La Corte suprema tiene, además, un fiscal judicial, un secretario, un prosecretario y ocho relatores (art. 93 COT), además de otros funcionarios.

4 Funcionamiento de la Corte Suprema

La Corte Suprema tiene un funcionamiento ordinario y uno extraordinario.

El tribunal funciona ordinariamente en tres salas especializadas para el conocimiento de los asuntos a que se refiere –y que luego veremos– el artículo 98 COT, o en pleno, para el conocimiento de los asuntos indicados en el artículo 96 COT –según se verá–. El tribunal funciona extraordinariamente en cuatro salas especializadas y en pleno.

Cada sala, ya sea en funcionamiento ordinario o extraordinario, deberá funcionar con no menos de cinco jueces cada una; el pleno con la concurrencia de once de sus miembros a lo menos (art. 95 inc. 4° COT). Esto significa que el quórum de las salas se forma con jueces y estos pueden ser ministros o ya abogados integrantes. En todo caso, debe tenerse presente que el artículo 218 inc. 2° COT prohíbe que las salas funcionen con mayoría de abogados integrantes, tanto en su funcionamiento ordinario como extraordinario. El pleno de la Corte Suprema sólo puede funcionar con un quórum de once miembros, es decir, solo con ministros y no con abogados integrantes.

Corresponderá a la propia Corte, mediante auto acordado, establecer la forma de distribución de sus ministros entre las diversas salas de su funcionamiento ordinario o extraordinario. La distribución de ministros que se efectúe permanecerá invariable por un período de, a lo menos, dos años (art. 95 inc. 5° COT).

La integración de sala será facultativa para el Presidente de la Corte. Si opta por hacerlo, podrá integrar cualquiera de las salas (art. 95 inc. 6° COT).

Cada sala en que se divida la Corte Suprema será presidida por el ministro más antiguo, cuando no esté presente el Presidente de la Corte (art. 95 inc. 7° COT).

Mediante auto acordado, la Corte Suprema establecerá cada dos años las materias de que conocerá cada una de las salas en que esta se divide, tanto en funcionamiento ordinario como extraordinario. Al efecto especificará las salas que conocerán de materias civiles, penales, constitucionales, contencioso-administrativas, laborales, de menores, tributarias u otras que el propio tribunal determine. Asimismo, señalará la forma y periodicidad en que las salas especializadas decidirán acerca de las materias indicadas en el inciso primero del artículo 781 y en los incisos primero y segundo del artículo 782, ambos del Código de procedimiento Civil, respecto de los recursos de casación que hayan ingresado hasta quince días antes de la fecha en que se deba resolver sobre la materia. En todo caso, la mencionada periodicidad no podrá ser superior a tres meses (art. 99 inc. 1º COT). Ahora bien, la Corte Suprema, siempre por auto acordado, podrá modificar la distribución de las materias de que conoce cada una de las salas, cuando una repartición más equitativa de las mismas así lo requiera (art. 99 inc. 3º COT).

Por otra parte, corresponderá al Presidente de la Corte Suprema, sin ulterior recurso, asignar los asuntos a cada una de las salas, según la materia en que incidan (art. 99 inc. 2º COT).

Si ante la Corte Suprema se encuentran pendientes distintos recursos de carácter jurisdiccional que incidan en una misma causa, cualquiera sea su naturaleza, estos deberán acumularse y verse conjunta y simultáneamente en una misma sala. La acumulación deberá hacerse de oficio, sin perjuicio del derecho de las partes a requerir el cumplimiento de esta norma (art. 99 inc. 4º COT).

La Corte Suprema iniciará sus funciones el primer día hábil de marzo, en audiencia pública, a la cual deberán concurrir su fiscal judicial y los miembros y fiscales judiciales de la Corte de Apelaciones de Santiago. El Presidente de la Corte Suprema dará cuenta en esta audiencia: 1º del trabajo efectuado por el tribunal en el año judicial anterior; 2º del que haya quedado pendiente para el año que se inicia; 3º de los datos que se hayan remitido al tribunal por las Cortes de Apelaciones en conformidad al artículo 90 n° 9 –los Presidentes de las Cortes de Apelaciones deben enviar al Presidente de la Corte Suprema, antes del 15 de febrero de cada año, la estadística completa del movimiento de causas y demás negocios de que conozca el tribunal–, de la apreciación que le mereciere la labor de estos tribunales y de las medidas que, a su juicio o a juicio del tribunal, fuere necesario adoptar para mejorar la administración de justicia, y 4º de las dudas y dificultades que hayan ocurrido a la Corte Suprema y a las Cortes de Apelaciones en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que se noten en ellas y de que se haya dado cuenta al Presidente de la República en cumplimiento del artículo 5º del Código Civil. Esta exposición será publicada en el Diario Oficial y en la Gaceta de los Tribunales –actualmente Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales– (artículo 102 COT).

Para el conocimiento de las causas, la Corte Suprema conocerá ya sea en cuenta o bien por medio de la vista de la causa. Dentro de las horas ordinarias de su funcionamiento, y antes de la vista de la causa, el tribunal se ocupará con preferencia, según el orden que fije el Presidente, en los asuntos que deban resolverse en cuenta, en el estudio de proyectos de sentencias y en el acuerdo de las mismas (artículo 104 COT).

Por vista de la causa entenderemos el conjunto de actos cuyas formalidades tienen la finalidad de asegurar un debido proceso a las partes, actos inspirados en los principios de bilateralidad de la audiencia, oralidad y publicidad. La vista de la causa está integrada por distintos actos: 1º la notificación del decreto autos o autos en relación; 2º la fijación de la causa en la tabla diaria que se forma en el tribunal; 3º el anuncio de la vista de la causa; 4º la relación del relator y 5º los alegatos de los abogados. Después de todos estos requisitos, normalmente, la Corte Suprema dictará sentencia. Por el contrario, en la cuenta, se omiten tales requisitos, bastando la relación de la causa que hace normalmente el funcionario denominado relator.

Ahora bien, los miembros de la Corte Suprema, como tribunal colegiado, deberán acordar la sentencia y el acuerdo consiste en el proceso de formación de la voluntad de un tribunal colegiado necesario para pronunciar sentencia. Los acuerdos de la Corte Suprema se regirán por las normas dispuestas para los tribunales orales en lo penal, en el artículo 19 COT, y las normas dispuestas para los acuerdos de las Cortes de Apelaciones en los artículos 72, 74 y siguientes, hasta el 89 inclusive (artículo 103 COT).

5 Competencia de la Corte Suprema

La Corte Suprema conoce en pleno las siguientes materias, de conformidad con el artículo 96 COT:

- 1º De las apelaciones que se deduzcan en las causas por desafuero de las personas a quienes les fueren aplicables los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 58 CCH. Es el caso de los diputados, senadores;

2º En segunda instancia, de los juicios de amovilidad fallados en primera instancia por las Cortes de Apelaciones o por el Presidente de la Corte Suprema, seguidos contra jueces de letras o ministros de Cortes de Apelaciones respectivamente.

3º Ejercer las facultades administrativas, disciplinarias y económicas que las leyes le asignen, sin perjuicio de las que les correspondan a las salas en los asuntos de que estén conociendo, en conformidad a los artículos 542 y 543. En uso de tales facultades, podrá determinar la forma de funcionamiento de los tribunales y demás servicios judiciales, fijando los días y horas de trabajo en atención a las necesidades del servicio;

4º Informar al Presidente de la República, cuando se solicite su dictamen, sobre cualquier punto relativo a la administración de justicia y sobre el cual no exista cuestión de que deba conocer;

5º Informar las modificaciones que se propongan a la ley orgánica constitucional relativa a la Organización y Atribuciones de los tribunales, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 74 [77] de la Constitución Política;

6º Conocer de todos los asuntos que leyes especiales le encomiendan expresamente. Así, conocerá del recurso de casación en el fondo cuando expresamente sea solicitado por las partes del recurso con el fin de unificar la jurisprudencia.

La Corte Suprema conoce en sala las siguientes materias, de conformidad con el artículo 98 COT:

1º De los recursos de casación en el fondo. Sin embargo, la casación en el fondo también puede ser conocida por la Corte Suprema en pleno. Según prescribe el artículo 780 CPC "Interpuesto el recurso de casación en el fondo, cualquiera de las partes podrá solicitar, dentro del plazo para hacerse parte en el tribunal *ad quem*, que el recurso sea

conocido y resuelto por el pleno del tribunal. La petición sólo podrá fundarse en el hecho que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso".

2º De los recursos de casación en la forma interpuestos contra las sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones o por un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes;

3º De los recursos de nulidad interpuestos en contra de las sentencias definitivas dictadas por los tribunales con competencia en lo criminal, cuando corresponda de acuerdo a la ley procesal penal;

4º De las apelaciones deducidas contra las sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones en los recursos de amparo y de protección;

5º De los recursos de revisión y de las resoluciones que recaigan sobre las querellas de capítulos;

6º En segunda instancia, de las causas a que se refieren los números 2º y 3º del artículo 53 COT, es decir, de las demandas civiles que se entablen contra uno o más miembros o fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones para hacer efectiva su responsabilidad por actos cometidos en el desempeño de sus funciones, y de las causas de presas y demás que deban juzgarse con arreglo al Derecho Internacional. Las causas de presas son aquellas en que se debaten pretensiones relativas a las denominadas "presas" o referidas a la captura en el mar de naves mercantes pertenecientes al enemigo o a los neutrales.

7º De los recursos de queja, pero la aplicación de medidas disciplinarias será de la competencia del tribunal pleno;

8° De los recursos de queja en juicio de cuentas contra las sentencias de segunda instancia dictadas con falta o abuso, con el solo objeto de poner pronto remedio al mal que lo motiva;

9° De las solicitudes que se formulen, de conformidad a la ley procesal, para declarar si concurren las circunstancias que habilitan a la autoridad requerida para negarse a la entrada y registro de lugares religiosos, edificios en que funcione una autoridad pública o recintos militares o policiales, y

10° De los demás negocios judiciales de que corresponda conocer a la Corte suprema y que no estén entregados expresamente al conocimiento pleno.

De esta última disposición, habrá que deducir que el funcionamiento en sala es la regla general, de acuerdo con las competencias de la Corte Suprema.

II Las Cortes de Apelaciones

1 Localización y organización de las Cortes de Apelaciones

Las Cortes de Apelaciones son por antonomasia tribunales de segundo grado o tribunales de alzada, cuya función esencial es la de conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los tribunales inferiores. Veremos más adelante que esta función tradicional es, hoy en día, desbordada por otras menos tradicionales.

Estos tribunales de alzada tienen su sede en las diversas comunas que enumera la ley: Arica, Iquique, Antofagasta, Copiapó, La Serena, Valparaíso, Santiago, San Miguel, Rancagua, Talca, Chillán, Concepción, Temuco, Valdivia, Puerto Montt, Coihaique y Punta Arenas (artículo 54 COT). Son en total 17 Cortes en todo el territorio nacional.

Ahora bien, el territorio competencial que tiene cada una de estas Cortes, no es igual para todas ellas. En algunos casos, el territorio corresponde a una provincia (por ejemplo Corte de Iquique), dos o más provincias (por ejemplo Corte de Arica y Valdivia) o bien toda una región (por ejemplo Corte de

Antofagasta, Copiapó, La Serena, Talca, Temuco). Por tanto, el territorio para cada caso es fijado según criterios de distribución del territorio que en cada situación ha fijado el legislador (artículo 55 COT).

En cuanto al número de miembros tampoco existe una regla fija y como tal, ha sido el legislador el que ha indicado en cada caso el número de integrantes para cada caso: 4 miembros en las Cortes de Iquique, Copiapó, Chillán, Puerto Montt, Coihaique y Punta Arenas; 7 miembros en las Cortes de Arica, Antofagasta, La Serena, Rancagua, Talca, Temuco y Valdivia; 16 miembros en la Corte de Valparaíso; 19 miembros en las Cortes de San Miguel y Concepción, y 34 miembros en la Corte de Santiago (artículo 56 COT).

Las Cortes de Apelaciones son regidas por un Presidente. Sus funciones duran un año contado desde el 1° de marzo y serán desempeñadas por los miembros del tribunal, turnándose cada uno por orden de antigüedad en la categoría correspondiente del escalafón. Los demás miembros de las Cortes de Apelaciones se llamarán ministros y tendrán el rango y precedencia correspondientes a su antigüedad en la categoría correspondiente del escalafón (artículo 57 COT).

Cada Corte de Apelaciones tiene un fiscal judicial, pero algunas tienen más de uno (artículo 58 COT).

Cada Corte de Apelaciones tiene dos relatores, pero algunas tienen más de dos (artículo 59 COT).

Cada Corte de Apelaciones tiene un secretario, pero algunas tienen más de uno (artículo 60 COT).

2 Funcionamiento de las Cortes de Apelaciones

Todas las Cortes de Apelaciones funcionan normalmente en salas y, excepcionalmente, en pleno (artículo 66 COT). En algunos casos, la Corte se dividirá en dos salas, como ocurre en Valdivia, pero en otros casos habrá más de dos salas (artículo 61 COT). Cada sala representa a la Corte en los asuntos de que conoce (artículo 66 COT).

Corresponderá al pleno de cada Corte de Apelaciones el conocimiento de las siguientes materias: 1° el ejercicio de las facultades disciplinarias, administrativas y económicas, sin perjuicio de que las salas pueden ejercer las disciplinarias respecto de las faltas que se cometan ante ellas o en los escritos que se le presentasen, faltas cometidas ya sea por cualquiera persona o por los

abogados de las partes, en relación con los asuntos que están conociendo; 2º el conocimiento del desafuero de los Diputados y Senadores; 3º el conocimiento de los juicios de amovilidad en contra de los jueces de letras. Respecto de los recursos de queja, si bien son conocidos y fallados por una sala, la aplicación de medidas disciplinarias corresponderá al tribunal pleno (artículo 66 COT).

Respecto al caso específico de la Corte de Apelaciones de Santiago, el pleno de dicho tribunal conocerá de los recursos de apelación y casación en la forma que incidan en los juicios de amovilidad y en las demandas civiles contra los ministros y el fiscal judicial de la Corte Suprema (artículo 66 inc. 6º COT).

Para el funcionamiento del tribunal pleno se requerirá a lo menos de la concurrencia de la mayoría absoluta de los miembros de que se componga la Corte, y las salas no podrán funcionar sin la concurrencia de tres jueces como mínimo (artículo 67 COT). En el caso del pleno, ese quórum debe ser cumplido por miembros o ministros, y no por abogados integrantes. Ello se debe deducir porque respecto de las salas el legislador utilizó la expresión jueces y no ministros. Un abogado integrante podrá actuar como juez, pero no es un miembro o ministro de la Corte de Apelaciones.

En el caso de que ante una misma Corte de Apelaciones se encuentren pendientes distintos recursos de carácter jurisdiccional que incidan en una misma causa, cualquiera sea su naturaleza, estos deberán acumularse y verse conjunta y simultáneamente en una misma sala. La acumulación deberá hacerse de oficio, sin perjuicio del derecho de las partes a requerir el cumplimiento de esta norma. En caso de que, además de haberse interpuesto recursos jurisdiccionales se haya deducido recurso de queja, este se acumulará a los recursos jurisdiccionales, y deberá resolverse conjuntamente con ellos (artículo 66 inc. 3º COT).

Las Cortes de Apelaciones pueden resolver los asuntos sometidos a su decisión previa vista de la causa o ya en cuenta, según corresponda (artículo 68 COT).

Como las Cortes de Apelaciones son tribunales colegiados, tomarán conocimiento del proceso por medio del relator o del secretario, sin perjuicio del examen que los miembros del tribunal crean necesario hacer por sí mismos (artículo 161 CPC). Este trabajo de relación de los procesos ante los tribunales colegiados, permite racionalizar de una mejor manera el trabajo en las Cortes, ya que no es posible o es más lento o más engorroso, que todos los ministros tomen conocimiento personal y simultáneo de la causa.

De este modo, en las Cortes de Apelaciones, al igual que en la Corte Suprema, interviene un intermediario –generalmente el relator y excepcionalmente el secretario– que informa oralmente y con total cabalidad al tribunal, del asunto actualmente sometido a su conocimiento, dando fielmente razón de todos los documentos y circunstancias que pueden contribuir a aquel objeto.

De acuerdo al artículo 199 CPC, se puede deducir que la regla general es que los asuntos sometidos a conocimiento de las Cortes de Apelaciones se ven en cuenta y, excepcionalmente, previa vista de la causa.

Los presidentes de las Cortes de Apelaciones formarán el último día hábil de cada semana una tabla de los asuntos que verá el tribunal en la semana siguiente, que se encuentren en estado de relación. Se considerarán expedientes en estado de relación aquellos que hayan sido previamente revisados y certificados al efecto por el relator que corresponda. En las Cortes de Apelaciones que consten de más de una sala –es decir, todas– se formarán tantas tablas cuantas sea el número de salas y se distribuirán entre ellas por sorteo, en audiencia pública. En las tablas deberá designarse un día de la semana, a lo menos, para conocer las causas criminales, sin perjuicio de la preferencia que la ley o el tribunal les acuerden. Sin embargo, en los recursos de amparo, las apelaciones que se deduzcan en un mismo proceso respecto del auto de procesamiento de cualquiera de los inculcados, de la resolución que no da lugar a pronunciarlo o que acoge o rechaza la petición de modificarlo o dejarlo sin efecto y las apelaciones o consultas relativas a la libertad provisional de los inculcados o procesados, serán de la competencia de la sala que haya conocido por primera vez de los recursos, apelaciones o consultas mencionadas.

Las causas se incorporarán a la tabla según el orden de su conclusión. En ella se incorporará el nombre de las partes, en la forma en que aparezca en la carátula del respectivo expediente, del día en que cada uno deba tratarse y del número de orden que le corresponda. Esta tabla se fijará en lugar visible, y antes de que comience a tratar cada negocio, lo anunciará el tribunal, haciendo colocar al efecto en lugar conveniente el respectivo número de orden, el cual se mantendrá fijo hasta que se pase a otro asunto.

La inserción de las causas en la tabla conforme al orden de su conclusión tiene excepciones previstas por la ley. Ellas son las cuestiones sobre deserción de recursos, depósito de personas, alimentos provisionales, competencia, acumulaciones, recusaciones, desahucio, juicios sumarios y ejecutivos, denegación de justicia o de prueba y demás negocios que por la ley o por

acuerdo del tribunal fundado en circunstancias calificadas, deban tener preferencia, las cuales se antepondrán a los otros desde que estén en estado (artículo 162 CPC). A ello hay que agregar las causas laborales.

Sin perjuicio de estas preferencias para la agregación a la tabla, serán agregados extraordinariamente a la tabla del día siguiente hábil al de su ingreso al tribunal, o el mismo día, en casos urgentes: 1° las apelaciones relativas a la prisión preventiva de los imputados u otras medidas cautelares personales en su contra, 2° los recursos de amparo y 3° las demás que determinen las leyes. También se agregarán extraordinariamente, las apelaciones de las resoluciones relativas al auto de procesamiento señaladas en el inciso 4° del artículo 69 COT, en las causas en que existan procesados privados de libertad. En este caso, la agregación a la tabla se hará en el día que determine el Presidente de la Corte, dentro del término de cinco días desde el ingreso de los autos a la secretaría del tribunal (artículo 69 COT).

A ello se debe agregar lo que dispone el auto acordado sobre tramitación del Recurso de Protección de las garantías constitucionales, respecto a que la Corte de Apelaciones respectiva, cuando entre a conocer del recurso, dispondrá su agregación extraordinariamente a la tabla del día siguiente.

Con todo lo dicho, tenemos que la norma general de funcionamiento de las Cortes de Apelaciones es que se vean las causas de acuerdo al orden de ingreso en el tribunal. Excepción a dicha regla, serán las causas que gozan de preferencia para su vista y aquellas que, aun antes que estas preferentes, se agregan extraordinariamente a la tabla.

3 Los acuerdos de las Cortes de Apelaciones

Terminada la vista de la causa y practicadas, en su caso, las medidas para mejor resolver, el tribunal queda en situación de decidir el asunto sometido a su conocimiento, dictando sentencia. Culmina, de este modo, el camino que se había iniciado con la interposición del recurso por la parte recurrente.

Ahora bien, como el fallo es una declaración de voluntad de los jueces y como la Corte de Apelaciones es un tribunal colegiado, existe un mecanismo especial para formar esa voluntad plural. Este mecanismo es el que la ley denomina como acuerdos.

En los acuerdos de las Cortes de Apelaciones, no podrán tomar parte los que no hubieren concurrido como jueces a la vista del negocio y ningún acuerdo

podrá efectuarse sin que tomen parte todos los que como jueces hubieren concurrido a la vista (artículo 76 COT). Es lógico que un juez que no hubiese participado de la vista de la causa, es decir, que no se ha informado a cabalidad del asunto debatido, no puede luego formar parte de la voluntad del tribunal en el fallo.

En caso de muerte, destitución o suspensión de funciones de un juez o por su traslado o jubilación de los jueces que participaron de la vista de la causa, pero que no alcanzaron a fallar la causa, se procederá a ver nuevamente el negocio. En caso de que uno de los jueces que participó en la vista de la causa se enferme, se lo esperará hasta por treinta días para que comparezca al tribunal. Si pasa ese tiempo sin que concurra, se hará una nueva vista de la causa. En esta última situación, si todas las partes de la causa están de acuerdo, puede verse nuevamente el asunto aun no habiendo expirado el plazo de treinta días. Sin perjuicio de las normas anteriores, todos los jueces que hubiesen asistido a la vista de una causa, quedan obligados a concurrir al fallo de la misma, aunque hayan cesado en sus funciones, salvo que, a juicio del tribunal, se encuentren imposibilitados física o moralmente para intervenir en ella. Para compeler a dicha obligación, la ley dispone que no se efectuará el pago de ninguna jubilación a los ministros de Corte, mientras no acrediten haber concurrido al fallo de las causas, a menos que comprueben la imposibilidad de encontrarse física o moralmente impedidos.

Ahora bien, en relación a todas las situaciones anteriores, no será necesario ver de nuevo una causa, aunque deje de tomar parte en el acuerdo alguno o algunos de los que concurrieron a la vista, siempre que el fallo sea acordado por el voto conforme de la mayoría del total de jueces que haya intervenido en la vista de la causa (artículos 77, 78, 79 y 80 COT).

Los acuerdos los celebrarán los jueces privadamente, pero podrán llamar a los relatores u otros empleados cuando lo estimen necesario (artículo 81 COT). De este modo, este proceder se constituye como una excepción al principio de publicidad de los actos de los tribunales de justicia que establece el artículo 9° del COT.

Cuando alguno de los miembros del tribunal necesite estudiar con más detenimiento el asunto que va a fallarse, se suspenderá el debate y se señalará, para volver a la discusión y al acuerdo, un plazo que no exceda de treinta días, si varios ministros hicieren la petición, y de quince días cuando lo hiciera uno solo (artículo 82 COT). Es lógico pensar que los jueces de las Cortes de Apelaciones, con la sola vista de la causa, es decir y sobre todo,

con la relación del relator y con los alegatos de los abogados, no estarán en condición de dictar, sin más, la sentencia, ya que en muchos casos se deberá hacer un estudio más profundo del asunto. No olvidemos que los jueces deben fundamentar sus sentencias y ello debe expresar un razonamiento lógico, racional, que coordine adecuadamente todas las cuestiones de hecho debatidas, con su regulación jurídica.

¿Cómo se forma la sentencia? Primero dará su voto el ministro menos antiguo y continuarán los demás en orden inverso al de su antigüedad. El último voto será el del Presidente (artículo 84 COT). Con esta norma se intenta que el ministro de menos antigüedad, no se deje influenciar o presionar por el voto de los ministros de mayor antigüedad.

El acuerdo se entiende terminado cuando se obtenga mayoría legal sobre la parte resolutive del fallo y sobre un fundamento, a lo menos, en apoyo de cada uno de los puntos que dicho fallo comprenda (artículo 85 inc. 1º COT). Esta norma insiste en la necesidad de conectar decisión jurisdiccional con fundamentación, porque hacer justicia no puede ser un mero acto de autoridad, sino que es una actividad racional, que intenta hacer justicia por medio de la aplicación al caso concreto del derecho vigente.

Las Cortes de Apelaciones adoptarán sus resoluciones por mayoría absoluta de votos conformes (artículo 72 COT).

En materia criminal, existe una excepción, ya que si se produce dispersión de votos entre los miembros de la Corte, se seguirá las reglas señaladas para los tribunales de juicio oral en lo penal (artículo 74 COT). Esto quiere decir que, en caso de sentencias condenatorias, el acuerdo se logra obligando al juez que sostuviere la opinión más desfavorable al condenado optar por alguna de las otras. Y si se produjere desacuerdo acerca de cuál es la opinión que favorece más al imputado, prevalecerá la que cuente con el voto del juez presidente de la sala (art. 19 COT).

Ahora bien, puede ser, como en toda actividad humana, que se produzca una discordancia entre los jueces y no se llegue así al acuerdo. Esta discordia se producirá ya por empate de votos, ya por dispersión de los votos.

En casos de discordia, cada opinión particular será sometida separadamente a votación y si ninguna de ellas obtuviere mayoría absoluta, se excluirá la opinión que reúna menor número de sufragios en su favor, repitiéndose la votación entre las restantes. Si la exclusión pudiese corresponder a más de una opinión por tener igual número de votos, resolverá el tribunal cuál de ellas

debe ser excluida; y si tampoco resultare mayoría para decidir la exclusión, se llamarán tantos jueces cuantos sean necesarios para que cualquiera de las opiniones pueda formar sentencia, debiendo, en todo caso, quedar constituido el tribunal con un número impar de miembros. Los jueces que hubieren sostenido una opinión excluida, deberán optar por alguna de las otras sometidas a votación. Y este procedimiento se repetirá cada vez que ocurran las circunstancias mencionadas en él.

En el caso de que se llame a otros jueces para dirimir la discordia, se procederá a nueva vista de la causa con los jueces que hubieren intervenido en la primera vista y los nuevamente llamados. Antes de comenzar el acto, podrán los jueces discordantes aceptar por sí solos una opinión que reúna la mayoría necesaria para formar sentencia, quedando sin lugar la nueva vista, la cual se efectuará únicamente en el caso de mantenerse la discordia. Sí, vista de nuevo la causa, ninguna opinión obtuviere mayoría legal, se limitará la votación a las que hubieren quedado pendientes al tiempo de llamarse a los nuevos jueces. En caso de una nueva vista de la causa por discordia ocurrida en la primera vista de la causa, el Presidente del tribunal podrá indicar a los abogados de las partes el punto materia del empate para que limiten a este sus alegaciones (artículos 86 y 87 COT).

4 La sentencia de las Cortes de Apelaciones

En la sentencia –autos y sentencias definitivas e interlocutorias– de la Corte de Apelaciones, y de todo tribunal colegiado, se expresará nominalmente qué miembros han concurrido con su voto a formar sentencia y qué miembros han sostenido opinión contraria. En cada tribunal colegiado, habrá un libro denominado “libro de acuerdos”, en el cual los miembros que no opinaren como la mayoría deberán exponer y fundar su voto particular en los asuntos en que hubiere conocido el tribunal. Podrán también consignar las razones especiales que algún miembro de la mayoría haya tenido para formar sentencia, y que no se hubieren insertado en ella. Ese libro estará disponible en la secretaría del tribunal para consulta de cualquier persona que demuestre interés en verlo. El voto y fundamentos mencionados anteriormente se publicarán en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, la cual, como ya sabemos, se reputa como *Gaceta de los Tribunales* para todos los efectos legales (artículo 89 COT).

5 Competencia de las Cortes de Apelaciones

Las Cortes de Apelaciones tienen distintas competencias, ya sea conociendo como tribunales de alzada o de segunda instancia; de primera instancia o de única instancia. A todo ello hay que agregar el conocimiento de ciertos asuntos que les entregan las leyes. "La competencia de que se halla revestido un tribunal puede ser o para fallar un asunto en una sola instancia, de modo que la sentencia sea inapelable; o para fallarlo en primera instancia, de manera que la sentencia quede sujeta al recurso de apelación" (artículo 188 COT). La competencia de segunda instancia está representada tradicionalmente por el conocimiento del recurso de apelación.

a) Competencia de segunda instancia:

De las causas civiles, de familia y del trabajo y de los actos no contenciosos de que hayan conocido en primera los jueces de letras de su territorio competencial o uno de sus ministros (art. 63 n° 3° a COT).

De las apelaciones interpuestas en contra de las resoluciones dictadas por un juez de garantía (art. 63 n° 3° b COT)

A ello deben agregarse las apelaciones respecto de sentencias definitivas o aquellas que hagan imposible la prosecución del procedimiento, establecidas en leyes especiales, como las de policía local, etc.

b) Competencia de primera instancia:

De los desafueros de los diputados y senadores (Artículo 63 n° 2° a COT). El desafuero o antejuicio es un proceso previo por el que el tribunal examina y resuelve sobre los antecedentes que pueden hacer plausible seguir un proceso penal en contra de un parlamentario, trámite que se hace necesario debido a que ningún diputado o senador, desde el día de su elección o designación, o desde el día de su incorporación, según sea el caso, puede ser procesado o privado de libertad, salvo el caso de delito flagrante, si es que el tribunal de alzada competente, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa (artículo 58 CPR).

De los recursos de amparo y de protección. Estos denominados recursos corresponden a procesos especiales establecidos para la tutela urgente de los derechos fundamentales. (artículo 63 n° 2° b COT). También conoce del denominado Amparo Económico regulado en la Ley n° 18.971.

De los procesos por amovilidad que se entablen en contra de los jueces de letras (artículo 63 n° 2° c COT).

De las querrelas de capítulos (art. 63 n° 2° d COT).

c) Competencia de única instancia:

De los recursos de casación en la forma que se interpongan en contra de las sentencias dictadas por los jueces de letras de su territorio jurisdiccional o por uno de sus ministros, y de las sentencias definitivas de primera instancia dictadas por jueces árbitros (art. 63 n° 1° a COT).

De los recursos de nulidad interpuestos en contra de las sentencias definitivas dictadas por un tribunal con competencia en lo criminal, cuando corresponda de acuerdo a la ley procesal penal (art. 63 n° 1° b COT).

De los recursos de queja que se deduzcan en contra de los jueces de letras, jueces de policía local, jueces árbitros y órganos que ejerzan Jurisdicción, dentro de su territorio competencial (artículo 63 n° 1° c COT).

De la extradición activa (art. 63 n° 1° d COT).

De las solicitudes que se formulen, de conformidad a la ley procesal, para declarar si concurren las circunstancias que habilitan a la autoridad requerida para negarse a proporcionar determinada información, siempre que la razón invocada no fuere que la publicidad pudiere afectar la seguridad nacional (art., 63 n° 1° e COT).

d) Otras competencias.

Conocen de las consultas de las sentencias civiles dictadas por los jueces de letras (artículo 63 n° 4° COT). La consulta es un trámite que consiste en que el tribunal superior revisa la legalidad de la resolución de un tribunal inferior que no hubiere sido apelada. La consulta se contempla, aún en Chile, en los procesos civiles donde estén involucrados intereses no disponibles o ya fiscales.

Conocen además de los asuntos que las demás leyes les encomienden.

6 Competencia especial de la Corte de Apelaciones de Santiago:

Esta Corte, además de las competencias ordinarias señaladas anteriormente, conocerá de los recursos de apelación y de casación en la forma que incidan en las causas de que haya conocido en primera instancia su Presidente (artículo 64 COT).

III Presidente de la Corte Suprema

El Presidente de la Corte Suprema conoce en primera instancia (art. 53 COT):

1° De las causas sobre amovilidad de los ministros de las Cortes de Apelaciones;

2° De las acusaciones o demandas civiles que se entablen contra uno o más miembros o fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones, para hacer efectiva su responsabilidad por actos cometidos en el desempeño de sus funciones;

3° De las causas de presas y demás que deban juzgarse con arreglo al Derecho Internacional;

4° De los demás asuntos que otras leyes entreguen a su conocimiento.

IV Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago

El Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago conocerá en primera instancia (art. 51 COT):

1° De las causas sobre amovilidad de los ministros de la Corte Suprema, y

2° De las demandas civiles que se entablen contra uno o más miembros de la Corte Suprema o contra su fiscal judicial para hacer efectiva su responsabilidad por actos cometidos en el desempeño de sus funciones.

v Ministro de la Corte Suprema

Un ministro de la Corte Suprema, designado por el tribunal, conocerá en primera instancia (art. 52 COT):

1° De las causas a que se refiere el artículo 23 de la Ley nº 12.033, que se refiere a los procesos que se sucedan entre la Corporación de Ventas de Salitre y Yodo de Chile y las empresas adheridas o que en el futuro se adhieran o que se retiren de la misma;

2° De los delitos de competencia de los tribunales chilenos, cuando puedan afectar las relaciones internacionales de la República con otro Estado;

3° De la extradición pasiva;

4° De los demás asuntos que otras leyes le encomiendan.

VI Ministro de Corte de Apelaciones

Un ministro de la Corte de Apelaciones conocerá (art. 50 COT):

1° De las causas civiles en que sean parte o tengan interés el Presidente de la República, los ex Presidentes de la República, los ministros de Estado, los Intendentes y Gobernadores, los Agentes Diplomáticos chilenos, los Embajadores y los ministros Diplomáticos acreditados con el Gobierno de la República o en tránsito por su territorio, los Arzobispos, los Obispos, los Vicarios Generales, los Provisores y Vicarios Capitulares;

2° De las demandas civiles que se entablen contra los jueces de letras para hacer efectiva la responsabilidad civil resultante del ejercicio de sus funciones ministeriales;

3° De los demás asuntos que otras leyes le encomiendan.

VII Tribunales de Juicio Oral en lo Penal

1 Localización de los tribunales de juicio oral en lo penal

Existirá un tribunal de juicio oral en lo penal con asiento en cada una de las comunas del territorio de la República que indica el Código Orgánico de Tribunales: Arica, Iquique, Calama, Antofagasta, Copiapó, La Serena, Ovalle, San Felipe, Los Andes, Quillota, Viña del Mar, Valparaíso, San Antonio, Rancagua, Santa Cruz, Curicó, Talca, Linares, Cauquenes, Chillán, Concepción, Los Ángeles, Cañete, Angol, Temuco, Villarrica, Valdivia, Osorno, Puerto Montt, Castro, Coihaique, Punta Arenas, Colina, Pudahuel, Independencia, Providencia, Santiago, Maipú, San Miguel, La Florida, Puente Alto, San Bernardo, Melipilla, Talagante.

Cada uno de esos tribunales tiene competencia sobre un número determinado de comunas que establece también el Código Orgánico de Tribunales (artículo 21 COT). Cada tribunal estará integrado por un número variable de jueces, que puede ir de tres jueces (por ejemplo, Calama), seis jueces (por ejemplo, Arica), nueve jueces (por ejemplo, La Serena), doce jueces (por ejemplo, Viña del Mar), quince jueces (por ejemplo, Santiago), dieciocho jueces (por ejemplo, Concepción), veintiún jueces (por ejemplo, Independencia), veintiún jueces (por ejemplo, el Segundo TOP de Santiago), veinticuatro jueces y hasta veintisiete jueces, algunos TOP de Santiago (artículo 21 COT).

Ahora bien, la ley autoriza a estos tribunales que funcionen en localidades situadas fuera de su lugar de asiento. Esta excepción al principio de sedentariedad se justificará cuando sea necesario para facilitar la aplicación oportuna de la justicia penal, de conformidad a criterios de distancia, acceso físico y dificultades de traslado de quienes intervienen en el proceso. En esta situación, la Corte de Apelaciones respectiva determinará anualmente la periodicidad y forma con que los tribunales orales en lo penal darán cumplimiento a estas "salidas" fuera del lugar donde funciona el tribunal. Para tomar esta decisión, la Corte de Apelaciones requerirá informe previo de la Corporación Administrativa del Poder Judicial y de los jueces presidentes de los comités de jueces de los tribunales orales en lo penal correspondientes. Sin perjuicio de estas atribuciones encomendadas a la Corte de Apelaciones, la Corte Suprema podrá disponer en cualquier momento la constitución y funcionamiento de un tribunal oral en lo penal en una localidad fuera de su

asiento, cuando la mejor atención de uno o más casos así lo aconseje (artículo 21 A COT).

2 Comité de jueces

En los juzgados de garantía en los que sirvan tres o más jueces y en cada tribunal de juicio oral en lo penal, habrá un comité de jueces.

En aquellos juzgados o tribunales compuestos por cinco jueces o menos, el comité de jueces se conformará por todos ellos. En aquellos conformados por más de cinco jueces, el comité lo compondrán los cinco jueces que sean elegidos por la mayoría del tribunal, cada dos años.

De entre los miembros del comité de jueces se elegirá al juez presidente, quien durará dos años en el cargo y podrá ser reelegido hasta por un nuevo período (artículo 22 COT).

El comité de jueces tiene como atribuciones (art. 23 COT):

- a) Aprobar el procedimiento objetivo y general a que se refieren los artículos 15 y 17 del COT, es decir, el referido a la distribución de causas entre los distintos tribunales.
- b) Designar, de la terna que le presente el juez presidente, al administrador del tribunal;
- c) Resolver acerca de la remoción del administrador;
- d) Designar al personal del juzgado o tribunal, a propuesta en el tema del administrador;
- e) Conocer de la apelación que se interpusiere en contra de la resolución del administrador que remueva al subadministrador, a los jefes de unidades o a los empleados del juzgado o tribunal;
- f) Decidir el proyecto de plan presupuestario anual que le presente el juez presidente, para ser propuesto a la Corporación Administrativa del Poder Judicial;

- g) Conocer de todas las demás materias que señale la ley.

3 Juez Presidente del Comité de jueces

Al juez presidente del comité de jueces le corresponderá velar por el adecuado funcionamiento del juzgado o tribunal. En el cumplimiento de esta función, tendrá los siguientes deberes y atribuciones (art. 24 COT):

- a) Presidir el comité de jueces;
- b) Relacionarse con la Corporación Administrativa del Poder Judicial en todas las materias relativas a la competencia de esta;
- c) Proponer al comité de jueces el procedimiento objetivo y general sobre distribución de causas;
- d) Elaborar anualmente una cuenta de la gestión jurisdiccional del juzgado;
- e) Aprobar los criterios de gestión administrativa que le proponga el administrador del tribunal y supervisar su ejecución;
- f) Aprobar la distribución del personal que le presente el administrador del tribunal;
- g) Calificar al personal, teniendo a la vista la evaluación que le presente el administrador del tribunal;
- h) Presentar al comité de jueces una terna para la designación del administrador del tribunal, y
- i) Proponer al comité de jueces la remoción del administrador del tribunal.

4 Organización interna del Tribunal de juicio oral en lo penal

Cada tribunal de juicio oral en penal –al igual que los juzgados de garantía– se organizará en distintas unidades administrativas para el cumplimiento de sus funciones:

1° Sala: que consistirá en la organización y asistencia a la realización de las audiencias;

2° Atención al público: que estará destinada a otorgar una adecuada atención, orientación e información al público que concurra al juzgado o tribunal, especialmente a la víctima, al defensor y al imputado, recibir la información que estos entreguen y manejar la correspondencia del juzgado o tribunal;

3° Servicios: que reunirá las labores de soporte técnico de la red computacional del juzgado o tribunal, de contabilidad y de apoyo a la actividad administrativa del juzgado o tribunal, y la coordinación y abastecimiento de todas las necesidades físicas y materiales para la realización de las audiencias;

4° Administración de causas: que consistirá en desarrollar toda la labor relativa al manejo de causas y registros del proceso penal en el juzgado o tribunal, incluidas las relativas al manejo de las fechas y salas para las audiencias, al archivo judicial básico, al ingreso y al número de rol de las causas nuevas; a la primera audiencia judicial de los detenidos, a la actualización diaria de la base de datos que contenga las causas del juzgado o tribunal, y a las estadísticas básicas del juzgado o tribunal;

5° Apoyo a testigos y peritos, destinada a brindar adecuada y rápida atención, información y orientación a los testigos y peritos citados a declarar en el transcurso de un juicio oral. Esta función existirá solamente en los tribunales orales en lo penal (artículo 25 COT).

Corresponderá a la Corporación Administrativa del Poder Judicial determinar, cada cinco años, las unidades administrativas con que cada juzgado o tribunal contará para el cumplimiento de las funciones señaladas anteriormente (artículo 26 COT).

5 Funcionamiento del tribunal de juicio oral en lo penal

Los tribunales de juicio oral en lo penal funcionarán en una o más salas integradas por tres de sus miembros.

Cada sala será dirigida por un juez presidente de sala, quien tendrá las atribuciones a que alude el artículo 92, en relación con el artículo 90 n° 1, 4, 5, 6, 7 y 8, ambos del COT, y las demás de orden que la ley procesal penal indique.

La integración de las salas de estos tribunales se determinará mediante sorteo anual que se efectuará durante el mes de enero de cada año.

La distribución de causas entre las diversas salas se hará de acuerdo a un procedimiento objetivo y general que deberá ser anualmente aprobado por el comité de jueces del tribunal, a propuesta del juez presidente (artículo 17 COT).

Las resoluciones de los tribunales de juicio oral en lo penal se adoptarán por mayoría absoluta, es decir, de acuerdo a la regla de los acuerdos que establece el artículo 72 COT. Sus acuerdos serán privados, pero podrán llamar a otros empleados cuando lo estimen necesario, según prescribe el artículo 81 COT. Además de las exigencias dispuestas por el artículo 83 COT para los acuerdos, el juez menos antiguo -de acuerdo con el artículo 84 COT- dará primeramente su voto y continuarán los demás en orden inverso al de su antigüedad. El último voto será el del Presidente. Regirán, además, respecto de estos tribunales, las mismas exigencias establecidas por el artículo 89 COT sobre los votos mayoritarios y el voto particular contenidos en las sentencias, además de la exigencia de un libro de acuerdos, y la exigencia de publicación de tales votos en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales* (todo esto de conformidad con el artículo 19 COT):

6 Competencia del tribunal de juicio oral en lo penal

A cada tribunal de juicio oral en lo penal le corresponderá:

a) Conocer y juzgar las causas por crimen o simple delito, salvo aquellas relativas a simples delitos cuyo conocimiento y fallo corresponda a un juez de garantía;

(b) Resolver, en su caso, sobre la libertad o prisión preventiva de los acusados puestos a su disposición;

(c) Resolver todos los incidentes que se promuevan durante el juicio oral;

(d) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que la ley de responsabilidad penal juvenil les encomienden, y

(e) Conocer y resolver los demás asuntos que la ley procesal penal y la ley que establece disposiciones especiales sobre el Sistema de Justicia Militar les encomiende (artículo 18 COT).

VIII Juzgados de Letras

Se debe aclarar en este punto, que la denominación de estos tribunales como juzgados de letras, induce a errores, porque daría a entender que todos los otros tribunales, que hasta ahora hemos examinados, no serían de letras. La idea de un tribunal letrado se refiere a que dicho cargo lo desempeña una persona que tiene el título de abogado. Sin embargo, se observará que todos los tribunales que estamos examinando aquí, están constituidos por jueces que deben tener el título de abogado y como tal, todos son, en este sentido, tribunales de letras.

1 Localización de los juzgados de letras

Establece la ley que, a lo menos, por regla general, en cada comuna del país habrá un juzgado de letras. Sin embargo, tal regla general tendrá como excepciones, el que en una misma comuna existirá más de un juzgado de letras y, además, que no exista tal juzgado en una sola comuna, sino en una agrupación de comunas. Así, por ejemplo, veremos que en la comuna de Panguipulli existe un juzgado de letras con competencia exclusiva en esa comuna; en la comuna de Iquique existen tres juzgados con competencia

en esa comuna, y, finalmente, veremos que las comunas de Puerto Varas, Llanquihue, Frutillar y Fresia son atendidas por un sólo juzgado con asiento en la ciudad de Puerto Varas.

2 Competencia de los juzgados de letras:

De conformidad con el artículo 45 COT conocerán:

a) Competencia de única instancia

- a) Causas civiles cuya cuantía no exceda de 10 Unidades Tributarias Mensuales;
- b) Causas de comercio cuya cuantía no exceda de 10 Unidades Tributarias Mensuales.

b) Competencia de primera instancia

- a) Causas civiles y de comercio cuya cuantía exceda de 10 Unidades Tributarias Mensuales;
- b) Causas de minas, cualquiera sea su cuantía. Se entiende por causas de minas, aquellas en que se ventilan derechos regidos especialmente por el Código de Minería;
- c) Actos judiciales no contenciosos, cualquiera que sea su cuantía, salvo el nombramiento de curador *ad litem*, el que puede ser nombrado por cualquier tribunal, según prescribe el artículo 494 del Código Civil;
- d) Causas civiles y de comercio cuya cuantía sea inferior a 10 Unidades Tributarias Mensuales, en que sean parte o tengan interés los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, el General Director de Carabineros, los ministros de la Corte Suprema o de alguna Corte de Apelaciones, los Fiscales judiciales de estos tribunales, los jueces letrados, los párrocos y vicespárrocos, los cónsules generales, cónsules o vicescónsules de las naciones extranjeras reconocidas por el Presidente de la República, las corporaciones y fundaciones de derecho público o de los establecimientos públicos de beneficencia;
- e) Causas del trabajo y de menores cuyo conocimiento no corresponda a los juzgados de letras del trabajo y de menores, respectivamente.

c) Competencia en otros negocios:

Los juzgados de letras conocerán de los demás asuntos que otras leyes les encomienden. Son numerosísimas las leyes que entregan competencia a los juzgados de letras para conocer y juzgar determinadas materias.

Hay que tener presente que algunos juzgados de letras desempeñarán, además, las funciones de jueces de garantía.

Es por ello que los juzgados de letras hoy en día se subdividen en: (1) Juzgados civiles y (2) Juzgados de competencia común. Estos conocen además de asuntos civiles, de comercio y de minas, de los de familia, trabajo e inclusive criminales, propios de los juzgados de garantía, en aquellas comunas donde no existan estos últimos.

Competencia de los jueces de letras de comunas de asiento de Corte de Apelaciones.

Además de la competencia común que tiene todos los juzgados de letras y que hemos analizado precedentemente, estos juzgados conocerán de las causas de hacienda, es decir, aquellas en las que tiene interés el Fisco, cualquiera sea la cuantía. Sin embargo, en aquellos procesos en los que el Fisco sea el demandante, este podrá presentar su demanda ante estos tribunales, o ante el domicilio del demandado, cualquiera sea la cuantía de la causa. Conocerán también estos tribunales de asuntos no contenciosos en que el Fisco tenga interés (artículo 48 COT).

IX Juzgados de Garantía

1 Localización de los juzgados de garantía

En cada una de las comunas del país que establece el Código Orgánico de Tribunales, existirá un juzgado de garantía, con un número de jueces variable y que determina en cada caso este mismo cuerpo legal. En algunos casos, el juzgado de garantía lo integra un sólo juez; en otros, dos jueces, situación que puede llegar hasta diecisiete jueces (comuna de Las Condes, por ejemplo). Estos juzgados tendrán competencia sobre una comuna o ya sobre una agrupación de comunas. Así, en Valdivia, por ejemplo, existe un juzgado de

garantía compuesto por tres jueces, con competencia territorial sobre las comunas de Valdivia y Corral.

2 Funcionamiento de los juzgados de garantía

Si bien los juzgados de garantía, en la mayoría de los casos, están conformados por un número plural de jueces, no se trata de un tribunal colegiado ya que cada uno de esos jueces que integran el tribunal decide unipersonalmente los asuntos sometidos a su conocimiento. De acuerdo con lo anterior, al no ser tribunales colegiados, no rigen respecto de ellos las normas sobre los acuerdos que hemos visto en relación al funcionamiento de la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y tribunales orales en lo penal.

Sin perjuicio de lo anterior, administrativamente, en aquellos juzgados de garantía con tres o más jueces, regirán las normas sobre el comité de jueces que hemos analizado anteriormente a propósito de los tribunales orales en lo penal (artículos 22, 23 y 24 COT).

La distribución de causas entre los distintos jueces que integran el juzgado de garantía, se realizará de acuerdo a un procedimiento objetivo y racional, que deberá ser anualmente aprobado por el comité de jueces del juzgado a propuesta del juez presidente, o sólo por este último, según corresponda (artículo 15 COT).

3 Competencia de los juzgados de garantía

Corresponderá a los jueces de garantía (art. 14 COT):

- a) Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal;
- b) Dirigir personalmente las audiencias que procedan, de conformidad a la ley procesal penal;
- c) Dictar sentencia, cuando corresponda, en el procedimiento abreviado que contemple la ley procesal penal;

d) Conocer y fallar las faltas penales de conformidad con el procedimiento contenido en la ley procesal penal;

e) Conocer y fallar, conforme a los procedimientos regulados en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal, las faltas e infracciones contempladas en la Ley de Alcoholes, cualquiera sea la pena que ella les asigne;

f) Hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal;

g) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que la ley de responsabilidad penal juvenil les encomienden, y

h) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que este Código, la ley procesal penal y la ley que establece disposiciones especiales sobre el Sistema de Justicia Militar les encomienden.

CAPÍTULO CUARTO**LOS TRIBUNALES ESPECIALES****I Juzgados de Letras del Trabajo**

Desde el año 1927, se creó en Chile un ámbito especial de los tribunales del trabajo. En el año 1981, con el decreto ley n° 3.648, se suprimió esta competencia jurisdiccional especial del trabajo. Luego, en el año 1986, se restituyen los tribunales laborales, denominados Juzgados de Letras del Trabajo. Sin embargo, antes del año 1981, existían las Cortes del Trabajo, pero estas no se restablecen, por lo que el sistema de justicia laboral quedará dividido en una Jurisdicción especial de primera instancia y ordinaria de segunda instancia.

Actualmente, los Juzgados de Letras del Trabajo forman parte del Poder Judicial como tribunales especiales (artículo 5° COT), teniendo los jueces de dichos tribunales la categoría de jueces de letras, y les son aplicables las normas del Código Orgánico de Tribunales en todo lo no previsto por el Código del Trabajo.

Hoy en día, el sistema de justicia laboral se ha mejorado con la existencia de una sala laboral en la Corte Suprema, que permite una mayor especialización de los jueces en materias laborales.

1 Localización y organización de los juzgados de letras del trabajo

Sólo en algunas ciudades del país existen Juzgados de Letras del Trabajo, con competencia sobre una comuna o sobre una agrupación de comunas.

Fuera de tales ciudades, los juzgados de letras conocerán de las causas laborales, tal como lo prescribe el artículo 45 2° h) del COT.

Estos tribunales son especiales, unipersonales y letrados. Desde el año 2006 y 2007, rigen importantes modificaciones a la Jurisdicción laboral.

2 Competencia de los juzgados de letras del trabajo

De conformidad con el Código del Trabajo, los juzgados de letras del trabajo conocerán:

1° De las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos del trabajo o de las convenciones y fallos arbitrales en materia laboral;

2° De las cuestiones derivadas de la aplicación de las normas sobre organización sindical y negociación colectiva que la ley entrega al conocimiento de los juzgados de letras con competencia en materia del trabajo;

3° De las cuestiones y reclamaciones derivadas de la aplicación o interpretación de las normas sobre previsión o seguridad social, cualquiera fuere su naturaleza, época u origen y que fueren planteadas por los trabajadores o empleadores;

4° De los juicios en los que se demande el cumplimiento de obligaciones que emanen de títulos a los cuales las leyes laborales y de previsión o seguridad social otorguen mérito ejecutivo;

5° De las reclamaciones que procedan contra resoluciones dictadas por autoridades administrativas en materias laborales, previsionales o de seguridad social;

6° Los juicios en que se pretenda hacer efectiva la responsabilidad del empleador derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales, con excepción de la responsabilidad extracontractual a la cual le será aplicable lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley n° 16.744, y

7° De todas aquellas materias que las leyes entreguen a juzgados de letras con competencia laboral.

II Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional

1 Localización de los juzgados de cobranza laboral y previsional

Estos juzgados solo existen en las comunas de Valparaíso, Concepción, San Miguel y Santiago.

2 Competencia

Serán de competencia de los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional los juicios en que se demande el cumplimiento de obligaciones que emanen de títulos a los cuales las leyes laborales y de previsión o seguridad social otorguen mérito ejecutivo; y, especialmente, la ejecución de todos los títulos ejecutivos regidos por la Ley N° 17.322, relativa a la cobranza judicial de imposiciones, aportes y multas en los institutos de previsión. Con todo, el conocimiento de las materias señaladas en el inciso anterior, solo corresponderá a los Juzgados de Letras del Trabajo en aquellos territorios jurisdiccionales en que no existan Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional.

III Juzgados de Familia

1 De la Jurisdicción de menores a la Jurisdicción de familia

El 21 de noviembre de 1924, se proclama en París la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, según la cual este necesita protección especial, lo que es reconocido más adelante, también, por la Declaración Universal de los Derechos Humanos del año 1948, en su artículo 25.2, y por la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

Poco a poco se ha hecho corriente la opinión de que el derecho común se ha convertido en un derecho inidóneo para la solución específica de los derechos de los niños, adolescentes y menores de edad. De acuerdo con esta evolución, ha ido naciendo un conjunto de principios jurídicos y de instituciones cuya finalidad es la protección de la persona del menor de edad, llamado Derecho de Menores, derecho de carácter especial y con finalidad esencialmente protectora.

La existencia de un derecho especial para los menores de edad dio, asimismo, nacimiento a la creación de tribunales especiales para la aplicación concreta de las normas y principios del Derecho de Menores.

De acuerdo con esta evolución, en el año 1928 se creó la Dirección General de Protección de menores, casas de menores y Juzgados de Menores. Desde ahí en adelante, se han sucedido diversas legislaciones que prevén una tutela de los menores, tanto desde el punto de vista material como procesal.

Sin embargo, el criterio actual en materia de menores, es que los Juzgados de Familia reemplacen a los Juzgados de Menores, asumiendo los primeros una competencia más amplia, ya que estos tribunales velarán por la vigencia del Derecho de Familia y no solo de menores; o de niños, niñas y adolescentes.

2 Organización de los juzgados de Familia

Se trata de una Jurisdicción especializada que debe dar solución integral a los conflictos familiares. Los Juzgados de Familia forman parte del Poder Judicial como tribunales especiales.

En relación a su estructura orgánica pueden ser definidos como tribunales unipersonales pero de composición plural (entre 1 a 12 jueces por tribunal). Se trata de una estructura similar a los Juzgados de Garantía, puesto que contemplan una estructura tipo "pool" de jueces, es decir, una unidad física que agrupa a varios jueces, cada uno de los cuales conoce y resuelve de manera unipersonal. El número de jueces es variable y se determina de conformidad con la carga de trabajo estimada para cada territorio competencial.

Estos tribunales se encuentran regulados en la Ley n° 19.968 y, en lo no previsto en ella, se regirán por las normas de los Juzgados de Garantía y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal contenidas en el Código Orgánico de Tribunales, en lo que dice relación con el comité de jueces, juez presidente, administrador del tribunal y organización administrativa. En materia de subrogación se regirán por las normas de los Juzgados de Garantía.

3 Consejo Técnico

La novedad quizás más importante en la estructura orgánica de estos juzgados, es que se crea la figura del Consejo Técnico. Se trata de un órgano auxiliar de la administración de justicia, compuesto por profesionales en el número y con los requisitos que establece la ley (art. 115 Ley n° 19.968:

tantos miembros del Consejo Técnico como jueces, con un mínimo de dos miembros), cuya función es asesorar individual o colectivamente a los jueces con competencia en asuntos de familia en el análisis de los asuntos de su competencia. En cada Juzgado de Familia habrá uno de estos consejos.

Este Consejo Técnico debe dar sus opiniones profesionales en materias de familia e infancia. Por ello, para formar parte se requiere estar en posesión de un título profesional de una carrera que tenga a lo menos 8 semestres de duración, otorgado por una universidad o instituto profesional del Estado o reconocido por este, debiendo, además, acreditarse experiencia profesional y formación especializada en materia de familia e infancia de, al menos, 2 semestres de duración, impartida por alguna de las instituciones antes señaladas.

Las atribuciones de los profesionales que forman parte de los consejos técnicos son: (1) Asistir a las audiencias de juicio a que sean citados con el objetivo de emitir las opiniones técnicas que les sean solicitadas; (2) Asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña o adolescente. Dicha asesoría se dará también para determinar la procedencia o no de la suspensión condicional de la dictación de la sentencia en materia de violencia intrafamiliar (art. 96 Ley nº 19.968); para decidir si pone término al proceso de violencia intrafamiliar por requerimiento de la víctima, cuando quien denunció fue un tercero (art. 100 Ley nº 19.968); para evaluar la idoneidad de los informes periciales en la audiencia de juicio tratándose de un procedimiento de protección (art. 73 Ley nº 19.968); para ponderar los informes sobre cumplimiento de medidas de protección (art. 76 Ley nº 19.968); (3) Evaluar la pertinencia de derivar a mediación, o aconsejar conciliación entre las partes, y sugerir los términos en que esta última pudiere llevarse a cabo, y (4) Asesorar al juez en todas las materias relacionadas con su especialidad.

4 Competencia de los Juzgados de Familia

Hoy en día los Juzgados de Familia concentran todas las competencias derivadas de los conflictos y trámites necesarios que se generan con ocasión de las relaciones de familia, entre cónyuges y entre éstos o los padres y los hijos.

Las materias de que conocen estos tribunales están referidas a:

Las causas relativas al derecho de cuidado personal de los niños, niñas o adolescentes;

Las causas relativas al derecho y el deber del padre o de la madre que no tenga el cuidado personal del hijo, a mantener con éste una relación directa y regular;

Las causas relativas al ejercicio, suspensión o pérdida de la patria potestad; a la emancipación y a las autorizaciones a que se refieren los Párrafos 2º y 3º del Título X del Libro I del Código Civil;

Las causas relativas al derecho de alimentos;

Los disensos para contraer matrimonio;

Las guardas, con excepción de aquellas relativas a pupilos mayores de edad, y aquellas que digan relación con la curaduría de la herencia yacente, sin perjuicio de lo establecido en el inciso segundo del artículo 494 del Código Civil;

Todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección conforme al artículo 30 de la Ley de Menores;

Las acciones de filiación y todas aquellas que digan relación con la constitución o modificación del estado civil de las personas;

Todos los asuntos en que se impute la comisión de cualquier falta a adolescentes mayores de catorce y menores de dieciséis años de edad, y las que se imputen a adolescentes mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, que no se encuentren contempladas en el inciso tercero del artículo 1º de la Ley Nº 20.084. Tratándose de hechos punibles cometidos por un niño o niña, el juez de familia procederá de acuerdo a lo prescrito en el artículo 102 N;

La autorización para la salida de niños, niñas o adolescentes del país, en los casos en que corresponda de acuerdo con la ley;

Las causas relativas al maltrato de niños, niñas o adolescentes de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 62 de la Ley Nº 16.618;

Los procedimientos previos a la adopción, de que trata el Título II de la Ley Nº 19.620;

- El procedimiento de adopción a que se refiere el Título III de la Ley N.º 19.620;
- Los siguientes asuntos que se susciten entre cónyuges, relativos al régimen patrimonial del matrimonio y los bienes familiares:
- Separación judicial de bienes;
- Las causas sobre declaración y desafectación de bienes familiares y la constitución derechos de usufructo, uso o habitación sobre los mismos,
- Las acciones de separación, nulidad y divorcio reguladas en la Ley de Matrimonio Civil;
- Los actos de violencia intrafamiliar;
- Toda otra materia que la ley les encomiende.

IV Tribunales Militares en Tiempo de Paz

De conformidad con el Código de Justicia Militar, los tribunales militares en tiempo de paz tienen la siguiente organización y competencias:

En tiempo de paz, la Jurisdicción militar será ejercida por los Juzgados Institucionales, los Fiscales, las Cortes Marciales y la Corte Suprema.

1. De los Juzgados Institucionales

Art. 14. Habrá un juzgado naval permanente en el asiento de cada una de las Zonas Navales establecidas en la organización de paz de la Armada, en las escuadras y demás fuerzas navales donde el Presidente de la República estime conveniente establecer uno. La jurisdicción de los juzgados navales comprenderá el territorio y los buques y embarcaciones que dependan del mando que ejerce tal jurisdicción. El Presidente de la República podrá modificar o derogar los decretos que dicte en uso de la facultad que se le confiere en el inciso primero.

Art. 14-A. En caso de prolongada ausencia del mar territorial de Chile de naves independientes, de

escuadras o de otras fuerzas navales, sus comandantes correspondientes ejercerán la jurisdicción militar, con las atribuciones conferidas a las autoridades de que tratan los artículos 16 y 74, de este Código, según corresponda. Estos comandantes serán asesorados por sus respectivos auditores; a falta de estos, por el juzgado de la Primera Zona Naval; y si ello no fuere posible, por el oficial de su dependencia que el mismo comandante designe como auditor *ad hoc*.

Art. 15. El Presidente de la República establecerá un Juzgado Militar permanente en el asiento de cada una de las divisiones o brigadas en que se divida, en tiempo de paz, la fuerza del Ejército, o donde las necesidades del servicio lo requieran. El Presidente de la República podrá asimismo determinar el territorio jurisdiccional de cada uno de estos Juzgados Militares.

Art. 15-A. Habrá un Juzgado de Aviación para todo el territorio nacional y su asiento será determinado por el Presidente de la República. Sin embargo, cuando las necesidades del servicio lo requieran, el Presidente de la República podrá crear otros Juzgados de Aviación en una o más zonas del territorio y, en tal caso, determinará el asiento de esos nuevos Juzgados y sus límites jurisdiccionales.

Art. 16. El Comandante en Jefe de la respectiva División o Brigada en el Ejército de cada Zona Naval, Escuadra o División de la Armada, el Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea y el Comandante en Jefe de la respectiva Brigada Aérea, cuando correspondiere, tendrán la jurisdicción militar permanente en el territorio de sus respectivos juzgados y sobre todas las fuerzas e individuos sometidos al Fuero militar que en él se encuentren. No obstante, las autoridades allí señaladas podrán delegar la jurisdicción militar en un Oficial General que se desempeñe bajo su mando, mediante resolución fundada que deberá transcribirse a la respectiva Corte Marcial. En caso de estar inhabilitado para intervenir en una causa

determinada o impedido por cualquier otro motivo, será subrogado por el Jefe militar de la respectiva Institución que deba reemplazarlo.

Art. 17. Corresponde al Juzgado Institucional: 1° Conocer en primera instancia de todos los asuntos civiles y criminales que constituyan la jurisdicción militar, requiriendo o autorizando al respectivo Fiscal para la sustanciación y procediendo de acuerdo con el Auditor al pronunciamiento de las sentencias; 2° Pronunciarse sobre las cuestiones de competencia que se promuevan, ya sea por inhibitoria o por declinatoria; 3° Resolver las impugnaciones o recusaciones que se hicieren valer respecto de los Fiscales, Auditores o Secretarios, y decretar la suplencia cuando corresponda; 4° Ordenar el cumplimiento de las sentencias ejecutoriadas; 5° Decretar el cumplimiento, cuando proceda en derecho, de los exhortos que envíen autoridades judiciales distintas de las militares y dirigir a estas mismas las que fueren del caso. 6° Dar cumplimiento a las leyes de amnistía o decretos de indulto que se expidan a favor de individuos juzgados o condenados por tribunales militares, e informar las peticiones de indulto que tales individuos formulen; 7° Conocer de los reclamos interpuestos contra las resoluciones de los Fiscales que la ley determine. [...]

Art. 20. El Juzgado Institucional está constituido por la autoridad militar a que se refiere el artículo 16, asesorado por su Auditor y asistido por su Secretario. Si el Juez no estuviere de acuerdo con la opinión del Auditor, podrá dictar su resolución por sí solo, pero dejando constancia en ella de la opinión contraria del Auditor. Para pronunciarse sobre la impugnación o recusación del Auditor, dicho Juez resolverá oyendo la opinión del que deba subrogarlo. [...]

Art. 22. Cuando se trate de delitos cometidos en tiempo de paz fuera del territorio del Estado, será competente para conocerlos el Juzgado Militar de

Santiago, el Juzgado de la I Zona Naval o el Juzgado de Aviación con asiento en Santiago, según el caso. [...]

2. De los Fiscales

Art. 25. Los Fiscales son los funcionarios encargados de la sustanciación de los procesos y formación de las causas de la jurisdicción militar, en primera instancia. Sus atribuciones, en general, son: en materia civil, dictar todas las providencias de sustanciación y recibir todas las pruebas que se produzcan, hasta dejar la causa en estado de ser fallada por el Juzgado; y en materia penal, instruir y sustanciar todos los procesos, recogiendo y consignando todas las pruebas pertinentes, deteniendo a los inculcados y produciendo todos los elementos de convicción que sean del caso. Los Fiscales Institucionales podrán dirigirse directamente entre sí los exhortos que procedan en los procesos o causas que estén sustanciando.

Art. 26. Habrá Fiscales de Ejército y de Carabineros en cada provincia o en las agrupaciones de provincias o de otras divisiones territoriales que determine el Presidente de la República; Fiscales navales en cada Zona Naval y en las escuadras o fuerzas navales que tengan juzgado naval; y Fiscales de Aviación en cada zona o brigada aérea. El Presidente de la República, podrá, además, crear Fiscalía donde las necesidades del servicio lo requieran. Respecto a cada Fiscal, se indicará el Juzgado del cual dependa. En los lugares en que se designe Fiscal Letrado, estos atenderán las causas de Ejército y Carabineros y se denominarán Fiscales de Ejército y Carabineros. Cuando existan dos o más Fiscales Letrados, tramitarán las causas por turno, que reglamentará el Juez respectivo.

Art. 27. Los Fiscales Letrados recibirán nombramiento del Presidente de la República de entre los Oficiales de Justicia de la respectiva Institución. Los Fiscales de las Fuerzas Armadas que no reúnan los requisitos del inciso anterior, serán designados por el respectivo

Juez Institucional de entre los Oficiales que le estén subordinados. Los Fiscales de Carabineros serán nombrados o designados por el Presidente de la República o el Juez Militar, según el caso, a proposición de la Dirección General de Carabineros oyendo a su Auditor General y por intermedio de la Auditoría General del Ejército.

Art. 28. Los Fiscales a que se refiere el inciso segundo del artículo precedente ejercerán sus cargos sin perjuicio de las demás funciones que los Mandos Institucionales pueden confiarles dentro del territorio asignado a su jurisdicción.

Art. 29. En caso de ausencia, licencia, imposibilidad legal o cualquier otro impedimento del Fiscal, será reemplazado por el oficial de la respectiva Institución que el Juez designe. El primer día hábil de marzo de cada año, las Cortes Marciales formarán una lista de fiscales de turno, seleccionados de entre los oficiales de los Escalafones de Justicia de cada Institución de las Fuerzas Armadas y de Orden que sean abogados. Cuando las necesidades del servicio lo requieran y previa consulta a la Corte Marcial, el Juez podrá designar al fiscal de turno que corresponda según el orden de precedencia en la lista, para que tramite una o más causas que se encuentren atrasadas. La Corte Suprema y las Cortes Marciales podrán decretar visitas extraordinarias en los tribunales de la jurisdicción militar, con arreglo a los artículos 559 y 560 del Código Orgánico de Tribunales. [...]

3. De los Auditores

Art. 34. Los Auditores son Oficiales de Justicia cuya función es la de asesorar a las autoridades administrativas y judiciales de las Instituciones Armadas, en los casos y cuestiones contemplados por la ley. Formarán parte además, así en tiempo de paz como de guerra, de los Tribunales Militares que designe el presente Código.

Art. 35. Habrá un Auditor General del Ejército, un Auditor General de la Armada, un Auditor General de Aviación y un Auditor General de Carabineros. Habrá también un Auditor del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, a lo menos, respectivamente, en el asiento de cada Juzgado Institucional. Los Auditores serán nombrados por el Presidente de la República. [...]

Art. 37. Corresponde al Auditor General del Ejército, al Auditor General de la Armada y al Auditor General de Aviación: 1° Asesorar al Ministerio de Defensa Nacional en todos los asuntos que se creyere conveniente oír su opinión legal; 2° Supervigilar la conducta funcionaria de los Fiscales de su respectiva jurisdicción, sin perjuicio de las facultades disciplinarias que corresponden a los Juzgados Institucionales y sin menoscabo de la independencia que consagra el artículo 12 del Código Orgánico de Tribunales, pudiendo imponerles las medidas disciplinarias que establezca para este efecto un Reglamento especial. Las resoluciones que impongan estas medidas serán apelables en el solo efecto devolutivo ante la Corte Marcial respectiva; 3° Tomar conocimiento por sí mismo, cuando lo estime conveniente, de cualquiera causa pendiente ante los Tribunales de su Institución, aunque se hallare en estado de sumario, o recabar informe; 4° Dictar instrucciones a los Fiscales de su respectiva jurisdicción, de carácter general sobre la manera de ejercer sus funciones; 5° Evacuar las consultas que se les hagan por los Auditores respectivos sobre materias de sus funciones judiciales; siempre que no se trate de un caso que pueda ser sometido más tarde a su conocimiento; 6° Asesorar al Juez Institucional en las causas que sean sustanciadas por un Coronel o Capitán de Navío de Justicia, en los casos que se señalan en los incisos primero y segundo del artículo 40 de este Código. [...]

Art. 39. Corresponde a los Auditores: 1° Asesorar en materias legales al Juez del cual dependan según el

decreto de su nombramiento; 2° Concurrir con el Juzgado Institucional a la dictación de toda clase de sentencias y resoluciones judiciales, con excepción de las a que se refiere el N° 5 del artículo 37; 3° Vigilar la tramitación de los procesos o causas a cargo del Fiscal y dar cuenta al respectivo Juez de las faltas que notare; 4° Redactar todas las sentencias y resoluciones del Juzgado respectivo, aun cuando sean disconformes con su opinión. En este caso, el Auditor consignará siempre la suya.

Art. 40. En los procesos en que sea inculcado un Oficial General del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea o de Carabineros en servicio activo, deberá actuar como Fiscal un Coronel o Capitán de Navío de Justicia de la Institución respectiva. Asimismo, en casos calificados y cuando la importancia del asunto lo requiera, el Presidente de la República podrá ordenar que un proceso determinado sea sustanciado por un Fiscal del grado indicado en el inciso anterior. En tales circunstancias cesará la competencia del Fiscal a quien correspondía intervenir en el asunto y la asumirá el Coronel o Capitán de Navío de Justicia hasta la terminación del respectivo proceso. En estos casos, integrará la Corte Marcial correspondiente quien deba subrogar al Auditor General Institucional que hubiera asesorado al Juez respectivo de acuerdo a lo establecido en el artículo 37, N° 6, de este Código y otro tanto ocurrirá con el Auditor General del Ejército que integra la Corte Suprema.

Art. 41. Al Auditor General de Carabineros corresponde: 1° Asesorar al Ministerio de Defensa Nacional en todos los asuntos relacionados con el servicio de Carabineros en que crea conveniente oír su opinión; 2° Asesorar a la Dirección General de carabineros en aquellos asuntos legales en que ésta crea conveniente oír su dictamen. El Presidente de la República, en casos calificados, tratándose de alguna causa del Fuero militar en que sean partes miembros de Carabineros, podrá ponerlo a disposición de algún Juzgado Militar para los efectos referidos en el inciso 2° del artículo anterior, observándose en tales

casos lo dispuesto en el inciso tercero del mismo artículo. [...]

4. De las Cortes Marciales

Art. 48. Habrá una Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros, con asiento en Santiago, y una Corte Marcial de la Armada, con sede en Valparaíso. La primera estará integrada por dos ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, por los auditores Generales de la Fuerza Aérea y de Carabineros y por un Coronel de Justicia, del Ejército en servicio activo, y la segunda por dos ministros de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por el Auditor General de la Armada y por un Oficial General en servicio activo de esta Institución. Los integrantes que no sean ministros de Corte de Apelaciones gozarán de inamovilidad por el plazo de tres años, contado desde que asuman sus funciones, aunque durante la vigencia del mismo cesaren en la calidad que los habilitó para el nombramiento. Presidirá cada Corte el más antiguo de los ministros de Corte de Apelaciones a que se refiere el inciso anterior, y en caso de ausencia o inhabilidad legal de éste, el otro Ministro de Corte de Apelaciones que la integre como titular.

Art. 49. Si existiere retardo en la vista de las causas, a petición de la Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros, la Corte Suprema, reunida en pleno, podrá disponer que dicha Corte funcione, durante el año calendario respectivo, dividida en dos salas de cinco miembros cada una. Para los efectos de este artículo se entenderá que hay retardo cuando las causas en estado de tabla fueren más de doscientas. La segunda sala se integrará con dos ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, con un Oficial de Justicia del Ejército, otro de la Fuerza Aérea y otro de Carabineros, de los grados de Coronel, Teniente Coronel o Comandante de Grupo. Presidirán las salas los ministros de Corte de Apelaciones más antiguos designados para cada una de ellas, y en caso de ausencia o inhabilidad legal del Presidente, será

subrogado por el otro Ministro de Corte de Apelaciones titular de la sala respectiva. Si la Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros funcionare dividida en dos salas, presidirá la Corte el Presidente de la primera sala y en caso de ausencia o inhabilidad legal de éste, por quien lo subrogue conforme a lo dispuesto en el inciso precedente. Si faltaren ambos, será presidida por el Presidente de la segunda sala.

Art. 50. La Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros podrá funcionar con cuatro de sus miembros y la Corte Marcial de la Armada con tres de los suyos. Si la Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros funcionare dividida en dos salas, el quórum para sesionar en cada una de ellas será de cuatro miembros, y el pleno del tribunal requerirá de un quórum de siete miembros, de los cuales a lo menos dos deberán ser ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Art. 51. El Oficial General de la Armada y los Oficiales de Justicia que no integren las Cortes Marciales por derecho propio, serán designados por el Presidente de la República. Los ministros de Corte de Apelaciones que integren las Cortes Marciales durarán tres años en sus cargos. Serán designados por sorteo entre sus miembros, el que se practicará por los Presidentes de los respectivos Tribunales, con asistencia del Secretario, dentro de la última semana del mes de enero del año en que corresponda dicha designación, y del cual se excluirá a los ministros que concluyan su período. En el caso previsto en el artículo 49, el sorteo se efectuará dentro de los diez días siguientes de recibida la transcripción del acuerdo a que se refiere el inciso primero de dicho artículo; los ministros que se designaren integrarán la segunda Sala y durarán en sus funciones hasta el 31 de diciembre de ese año. [-]

Art. 58. Las Cortes Marciales conocerán en segunda instancia: 1° De las causas que conocieren en primera instancia los Juzgados Institucionales que de ellas

dependan. 2° De las causas que conociere en primera instancia alguno de los ministros de la misma Corte.

Art. 59. Conocerá en primera instancia uno de los miembros letrados del Tribunal, conforme al turno que establezca cada Corte Marcial, de las querellas de capítulos que se siguieren contra cualquiera de los funcionarios judiciales del orden militar que de ellas dependan. Su tramitación se ajustará al procedimiento fijado en el Título V del Libro III del Código de Procedimiento Penal.

Art. 60. Corresponde a las Cortes Marciales en única instancia: 1° Resolver las contiendas de competencia entre los Juzgados de su jurisdicción; 2° Pronunciarse en las solicitudes de implicancia o recusación contra los Jueces Institucionales; 3° Conocer de los recursos de amparo deducidos en favor de individuos detenidos o arrestados en virtud de orden de una autoridad judicial del Fuero militar en su carácter de tal. Las Cortes Marciales, conociendo de alguna causa por la vía de la apelación o la consulta, podrán salvar los errores u omisiones de que adolezca la tramitación de un proceso en primera instancia u ordenar al Juzgado Institucional que los salve, pudiendo dejar sin efecto las actuaciones y resoluciones que estimen afectadas por esos errores u omisiones. [-]

5. De la Corte Suprema

Art. 70-A. A la Corte Suprema, integrada por el Auditor General del Ejército o quien deba subrogarlo, corresponde también el ejercicio de las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas a que alude el artículo 2° de este Código, en relación con la administración de la justicia militar de tiempo de paz, y conocer: 1° De los recursos de casación, así en la forma como en el fondo, contra las sentencias de las Cortes Marciales; 2° De los recursos de revisión contra las sentencias firmes en materia de jurisdicción militar de tiempo de paz; 3° De los recursos de queja contra las resoluciones de las

Cortes Marciales y, en segunda instancia, de los recursos de queja de que éstos conocieren; 4° De las solicitudes de implicancia o recusación contra los ministros de las Cortes Marciales; 5° De las contiendas de competencia entre un tribunal militar y otro del fuero común; 6° De las contiendas de competencia entre Juzgados Institucionales que dependen de diferentes Cortes Marciales y de las que se susciten entre éstas; 7° De la extradición activa en los procesos de la jurisdicción Militar.

CAPÍTULO QUINTO

LOS TRIBUNALES SUPRAESTATALES

I La Corte Interamericana de Derechos Humanos

1 Cuestiones generales

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano jurisdiccional internacional establecido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos -en adelante CADH- para la protección de los derechos humanos en la región, mediante el ejercicio de las potestades y atribuciones con que ha sido investida.

Su antecedente inmediato es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tiene su sede en Estrasburgo. Este tribunal fue creado por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. Además, se deben mencionar otros tribunales internacionales sobre los que se fundamenta la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la Corte Internacional de Justicia, instituida en el año 1945; el Tribunal de Justicia Centroamericano de 1907, entre otros.

Estos tribunales constituyen un salto cualitativo importante en la concepción de la Justicia decimonónica, ligada, como hemos visto, a los Estados nacionales. Dicho de otra manera, la potestad jurisdiccional ha estado siempre ligada a la formación del Estado moderno y, como tal, consecuencia de la soberanía popular de cada Nación. Después de la Primera y Segunda Guerra Mundial, se fue afianzando la organización de una sociedad internacional, lo que implica relaciones, derechos y deberes entre los distintos Estados. Esta idea de sociedad internacional, regida, por tanto, por un Derecho Internacional, vino a significar un repliegue -a veces más teórico que práctico- de la soberanía popular.

Hoy en día, asistimos a una expansión muy fuerte de la Jurisdicción internacional. Piénsese en la creación de un Tribunal Penal Internacional, al que Chile adhirió, previa reforma constitucional, la cual fue exigida como efecto de la sentencia previa del Tribunal Constitucional.

El sistema interamericano de justicia internacional no pretende, en ningún caso, suplantar la función propia de todo Estado nacional de dar tutela jurisdiccional a los derechos e intereses legítimos de las personas. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos actúa subsidiariamente. El Preámbulo de la Convención señala a este respecto: "Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". El carácter subsidiario de actuación de esta Corte Interamericana, requerirá que las actuaciones y presentaciones que se puedan realizar ante ella, requieran previamente, agotar todas las instancias y recursos que franquea la legislación nacional de cada Estado contratante.

El Gobierno de Chile suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y fue aprobada por el Congreso Nacional en agosto de 1990. El decreto supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores n° 873, de 23 de agosto de 1990, promulgatorio de la ley aprobatoria de la Convención, fue publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991. Entre otras cosas, el decreto promulgatorio expresa:

"b) El Gobierno de Chile declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62. Al formular las mencionadas declaraciones, el Gobierno de Chile deja constancia que los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha del depósito de este instrumento de ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990. Igualmente el Gobierno de Chile, al conferir competencia a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos declara que estos órganos, al aplicar lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 21 de la Convención, no podrán pronunciarse acerca de las razones de utilidad pública o de interés social que se hayan tenido en consideración al privar de sus bienes a una persona".

El Decreto promulgatorio es expresión fehaciente de la transacción política entre los dos bloques políticos principales existentes al comienzo de los años noventa del siglo pasado, luego de recuperada la democracia, posdictadura militar.

2 Organización de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte se compone de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la Organización, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cuales sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos. No pueden existir en la Corte dos jueces de la misma nacionalidad (artículo 52 n° 1 y 2 CADH).

Los jueces de la Corte serán elegidos en votación secreta y por mayoría absoluta de votos de los Estados partes en la Convención, en la Asamblea General de la Organización, de una lista de candidatos propuestos por esos mismos Estados. Cada uno de los Estados partes puede proponer hasta tres candidatos, nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. Cuando se proponga una terna, por lo menos uno de los candidatos será nacional de un Estado distinto del proponente (artículo 53 n° 1 y 2 CADH).

Los jueces de la Corte serán elegidos para un período de seis años y solo podrán ser reelegidos una vez. El juez elegido para reemplazar a otro cuyo mandato no ha expirado, completará el período de éste. Los jueces permanecerán en funciones hasta el término de su mandato. Sin embargo, seguirán conociendo de los casos a que ya se hubieren avocado y que se encuentren en estado de sentencia, a cuyos efectos no serán sustituidos por los nuevos jueces elegidos (artículo 54 n° 1, 2 y 3 CADH).

La Corte elige de entre sus miembros a su Presidente y Vicepresidente por dos años y pueden ser reelegidos. Además, existe un Secretario de la Corte, de dedicación exclusiva. Existirá un Secretario Adjunto que colaborará con el secretario y lo subrogará en sus ausencias temporales.

La Corte funciona en San José de Costa Rica, donde tiene su sede. Sin embargo, la Corte podrá celebrar reuniones en el territorio de cualquier Estado miembro de la OEA en que lo considere conveniente por mayoría

de sus miembros y previa aquiescencia del Estado respectivo (artículo 58 CADH).

3. Funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte funciona en sesiones ordinarias y extraordinarias. Las sesiones ordinarias están fijadas en el Reglamento de la Corte. Las sesiones extraordinarias serán convocadas por el Presidente o a solicitud de la mayoría de los jueces, pero en casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario evitar daños irreparables a las personas, la convocatoria puede ser pedida por cualquiera de los jueces.

El quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco personas.

Las audiencias de la Corte serán públicas, salvo que la Corte, en casos excepcionales, decida lo contrario. En todo caso, las deliberaciones son y permanecerán secretas, a menos que el tribunal resuelva lo contrario. Toda decisión, juicio u opinión de la Corte será objeto de comunicación en sesión pública y se notificará por escrito a las partes. Además, se publicarán conjuntamente con los votos y opiniones disidentes o especiales de los jueces y los otros antecedentes que el tribunal estime conveniente.

La Corte sólo puede actuar a requerimiento de los Estados Partes y de la Comisión. Ello quiere decir que la legitimación activa en los procesos sobre tutela de los derechos humanos y libertades que reconoce la CADH, está reservada a los Estados Partes y a la Comisión, excluyendo a los particulares y toda otra persona natural, jurídica o grupo de personas.

Para que proceda la actividad jurisdiccional de la Corte, la Convención exige haber agotado previamente los procedimientos previstos por los artículos 48 a 50 de la Convención, esto es, los procedimientos no jurisdiccionales delante la Comisión Interamericana. A su vez, para acceder a la Comisión Interamericana, se requiere que se hayan interpuesto y agotado los recursos de Jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos. Además, para que se admita la presentación ante la Comisión, debe haber sido presentada dentro del plazo de seis meses, contados desde la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva en su Estado. Excepcionalmente, se puede acceder a la Comisión Interamericana y deberá ser admitida a tramitación una petición formulada a tal Comisión, sin agotar las instancias y recursos internos, cuando no exista en la legislación interna del Estado de que

se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; cuando no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la Jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y cuando haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos (artículo 46 CADH).

Ahora bien, se ha entendido por un sector de la doctrina que la exigencia del agotamiento de los recursos de la Jurisdicción interna no se refiere a todo recurso que directa, lejana o indirectamente se refieran a la tutela de los derechos humanos, sino específicamente al agotamiento de los recursos dispuestos por el Ordenamiento Jurídico nacional que permiten una tutela directa y eficaz para la plena tutela de tales derechos humanos, lo que incluye los efectos reparadores de la situación violada o ya la restitución al afectado en el goce de los derechos infringidos.

La Corte Interamericana, por sentencia de fecha 29 de julio de 1988, ha señalado que los recursos que los Estados Partes deben proveer para la tutela de los derechos humanos en su ordenamiento interno, deben ser adecuados y efectivos.

“4° Que sean adecuados significa que la función de esos recursos dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable...” (-) “5° Un recurso debe ser, además eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido”.

4. Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte desarrolla dos tipos de funciones: una función jurisdiccional y una consultiva. La competencia consultiva no es jurisdiccional porque no implica pronunciarse sobre una controversia, sino que consiste en emitir un dictamen u opinión sobre los preceptos cuya interpretación se solicita.

Desde su función jurisdiccional, la Corte conoce de los casos que le someten los Estados partes de la Convención y la Comisión Interamericana; interpreta y aplica las disposiciones de dicha Convención relativas a las violaciones de los derechos humanos y libertades protegidos por la Convención. Su función jurisdiccional se desarrolla por medio de fallos motivados, definitivos e inapelables, por medio de los cuales puede disponer una reparación indemnizatoria para el afectado.

Los fallos de la Corte tienen, naturalmente, autoridad de cosa juzgada, ya que el artículo 67 CADH habla que los fallos serán definitivos e inapelables.

El ejercicio de esta Jurisdicción por parte de la Corte, está condicionado al reconocimiento por el Estado Parte de tal Jurisdicción del tribunal, con las modalidades que permiten el artículo 62 CADH, reconocimiento que el Estado chileno, como ya lo hemos señalado, ha realizado.

II La Corte Internacional de Justicia

1 Cuestiones generales

La Carta de las Naciones Unidas aprobada en San Francisco, EE.UU., el 25 de junio de 1945, y que entró en vigencia el 24 de octubre del mismo año, estableció la Corte Internacional de Justicia, como principal órgano jurisdiccional de las Naciones Unidas. La Corte funciona de acuerdo con un Estatuto que forma parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas.

2 Organización de la Corte Internacional de Justicia

La Corte se compone de quince miembros elegidos de entre las personas que gocen de alta consideración moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países o que sean jurisconsultos de reconocida competencia en materia de Derecho Internacional. Los jueces son elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. No puede haber dos jueces nacionales de un mismo Estado.

La Corte funciona en la ciudad de La Haya, en Holanda. Sin embargo, podrá reunirse y funcionar en cualquier otro lugar cuando lo considere conveniente.

3 Funcionamiento de la Corte Internacional de Justicia

La Corte ejercerá sus funciones en sesión plenaria, bastando el quórum de nueve miembros para constituirla. Con todo, cada vez que sean necesario, la Corte podrá constituir una o más salas compuestas por tres o más magistrados, según lo disponga la misma Corte, para el reconocimiento de determinadas categorías de negocios, como las causas del trabajo y las relativas al tránsito y las telecomunicaciones. Se considerará dictada por la Corte la sentencia que pronuncie cualquiera de las salas.

La sentencia se adoptará por la mayoría de votos de los magistrados presentes y, en caso de empate, decidirá el voto del Presidente o del magistrado que lo reemplace.

4 Competencia de la Corte Internacional de Justicia

La Corte, como órgano jurisdiccional internacional, ejerce la función de decidir conforme al Derecho Internacional las controversias que le son sometidas por los Estados miembros de las Naciones Unidas. El Estatuto requiere que los Estados miembros declaren, en cualquier momento, que reconocen como obligatoria *ipso facto*, y sin convenio especial, la Jurisdicción de la Corte, con lo que quiere significarse que los Estados deben someterse voluntariamente a la potestad del tribunal

CAPÍTULO SEXTO
LOS ÁRBITROS

I Situación de los árbitros en el derecho chileno

En este punto, antes que discutir su inclusión dentro del poder judicial, sostendré que no son tribunales de justicia que ejercen Jurisdicción.

Obra clásica en materia de arbitraje lo constituye la obra de Patricio Aylwin titulada *El Juicio Arbitral* (1944). En esta obra, Aylwin sostiene que si bien los orígenes del arbitraje son del todo convencionales y privados, ya que en su base tiene dos contratos, como lo son el de compromiso entre las partes y de compromisario entre ellas y el árbitro, el arbitraje mismo es una actividad jurisdiccional y nada tiene de contractual. Esta tesis se fundamenta en que el litigio no es resuelto por un acuerdo de voluntades entre las partes, sino por la decisión de un tercero, que es un tribunal.

Se dice por otros autores que, instalado que sea el árbitro, por definición legal, sus actos son propios de un juez o, lo que es lo mismo, constituyen expresión del ejercicio de la potestad pública jurisdiccional. En una reciente publicación, Juan Agustín Figueroa y Erika Morgado (2013) señalan que de la definición legal de los árbitros se debe concluir que los árbitros son jueces y no un equivalente jurisdiccional. Que el árbitro sea juez, agregan, significa que asume las responsabilidades y deberes de tal y, por tanto, su trabajo está sometido a las consecuencias civiles y penales que establece la ley frente a un mal desempeño. Asimismo, respecto de ellos, la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones ejercen sus potestades disciplinarias.

Es meridianamente indiscutible que la legislación ordinaria chilena considera al arbitraje como una manifestación de la actividad jurisdiccional. El Título IX del COT -De los Jueces Árbitros- define a los árbitros como “jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso” (art. 222 COT). Por otra parte, el artículo 5° del mismo cuerpo legal, que se refiere a la estructura judicial que existe en el derecho chileno, señala que “los jueces árbitros se regirán por el Título IX de este Código”. Por su parte, el Título VIII del CPC regula el “Juicio Arbitral”.

No obstante la claridad de los textos legales y las autorizadas posiciones doctrinales antes referidas, sostengo, por el contrario, que el arbitraje no es una manifestación más de la función jurisdiccional, sino un equivalente jurisdiccional. El propio Aylwin da uno de los argumentos para fundamentar el rechazo a la concepción jurisdiccional del arbitraje en el derecho chileno. En efecto, señala textualmente dicho autor que: “el arbitraje supone, además, la creación de un tribunal arbitral. Este no existe; la ley sólo autoriza su existencia, pero no lo tiene instituido permanentemente, como a los tribunales públicos. Es preciso crearlo para cada caso [...]”.

Se ha visto antes que uno de los requisitos que la Constitución chilena impone al ente aplicador del derecho, para que sea considerado verdadero órgano jurisdiccional, es que sea permanente y no transitorio, *ad hoc*, o comisión especial, según expresa el artículo 19 n° 3 inc. 5° CPR. La Constitución chilena exige al órgano jurisdiccional que va a conocer y fallar una determinada causa civil o criminal, que esté establecido por la ley con anterioridad al acaecimiento de los hechos que dan origen a esa causa civil o criminal. Y este derecho al juez permanente, que reconoce el texto constitucional chileno, equivale también a un derecho fundamental a un juez dotado de las exigencias organizativas y estatutarias previstas por la ley, para así gozar de la independencia imprescindible para el imparcial desarrollo funcional de la Jurisdicción.

Los árbitros no solo carecen de la necesaria permanencia, sino que, además, carecen del necesario nombramiento estatal, salvo la situación en que las partes no acuerden unánimemente su designación, caso en el cual el árbitro es designado por la justicia ordinaria (art. 232 inc. 2° COT). Ya he sostenido anteriormente que por constituir la Jurisdicción una manifestación de una función pública, el ejercicio de designación de los jueces establecido en la Constitución -que es compartido entre los distintos poderes estatales-, debe ser aplicado a todo tribunal que ejerza esa exclusiva función pública jurisdiccional. Ello es indispensable para garantizar la independencia e imparcialidad de los tribunales que van a juzgar a los ciudadanos. Los tribunales a los cuales se refiere el artículo 76 inc. 1° CPR -que desarrollan la función jurisdiccional-, son un tipo de aquellas autoridades que la Constitución chilena establece, que ejercen la soberanía popular (art. 5° CPR).

En el Estado moderno -o ya en el Estado de derecho-, la Jurisdicción se destaca por unos elementos en íntima relación con la vigencia del sistema democrático: división de poderes, independencia y sumisión del juez a la ley. Sin tales notas, podrá hablarse de una función judicial o de una actividad de

administrar justicia, pero no de la Jurisdicción en el sentido en que debe ser empleado dicho término en la sociedad y Estado moderno. Por ello, si bien el legislador chileno puede atribuir unas funciones de administrar justicia a los árbitros, cuando así las partes voluntariamente y de común acuerdo lo sancionaren, ello comporta una salida del ámbito de la Jurisdicción, que es estatal, única, exclusiva y excluyente.

Hay que agregar, además, que la actividad jurisdiccional, por imperativo constitucional, debe desarrollarse a través del proceso legalmente tramitado, con un procedimiento establecido por el legislador que tenga las características de racional y justo (art. 19 n° 3 inc. 6° CPR). Con respecto al árbitro arbitrador, el art. 223 inc. 3° COT dispone que "fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las que establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil". A su vez, el inc. 5° del mismo artículo 223 del COT señala que los árbitros también pueden ser mixtos, esto es, "podrán concederse al árbitro de derecho facultades de arbitrador, en cuanto al procedimiento, y limitarse al pronunciamiento de la sentencia definitiva la aplicación estricta de la ley". Todo ello demuestra que es ampliamente reconocida la facultad conferida por la ley chilena -no por la Constitución- a los árbitros -arbitradores y mixtos- para desarrollar su labor, en virtud de un procedimiento no legalmente establecido, sino de acuerdo a las pautas que las propias partes le confieren, todo lo cual pugna con el mandato constitucional para la actividad jurisdiccional.

En este mismo punto, es necesario destacar, además, que para que un procedimiento sea considerado racional y justo, se requiere, entre otras cosas, que se respete íntegramente la inherente estructura dialéctica del proceso, con pleno respeto de los principios de igualdad entre las partes, buena fe, publicidad, además de requisitos como los de motivación de las sentencias, su pronunciamiento dentro de un plazo razonable, etcétera, lo que no siempre rige y procede en los procedimientos seguidos ante los árbitros.

Finalmente, se debe consignar que lo propio de la actividad jurisdiccional, según dispone el artículo 76 CPR, es que los tribunales tienen la facultad -en realidad potestad- de "hacer ejecutar lo juzgado". Los árbitros carecen de esta potestad, lo que se ha calificado por un autor como un déficit. Sin embargo, pese a reconocerse ese déficit, no hay obstáculo para considerar a los árbitros como jueces, puesto que, se dice, la ejecución faltaría también en algunas

actividades jurisdiccionales, como en los casos de sentencias meramente declarativas, y aún puede faltar en las sentencias de condena, si la parte se allana al cumplimiento de lo resuelto.

Frente a tales argumentos, habría que señalar que es lógico que falte la ejecución en el caso de las sentencias meramente declarativas y en el caso de allanamiento a la demanda, porque en esos casos no hay nada que el tribunal tenga que ejecutar. Sin embargo, lo propiamente jurisdiccional dice relación con la potestad que se le confía a unos órganos públicos para que, en los casos que precisamente haya que ejecutar lo juzgado, ordenen tal ejecución, con uso de la fuerza, si fuese necesario. Y así, en lo que juzguen los árbitros, habrá muchas veces una sentencia que habrá de ser ejecutada, pero la ley los ha privado de ese imperio, puesto que ha reservado ese ejercicio legítimo de la fuerza a los tribunales de la República establecidos de conformidad con la Constitución y las leyes. Como tal, los árbitros han sido privados por la ley de uno de los atributos esenciales de la actividad jurisdiccional, cual es ser la última y definitiva instancia de aplicación, aún coactiva, del derecho vigente.

Por todo ello, se concluye en este punto que el arbitraje no es una expresión de la actividad jurisdiccional, sino un equivalente jurisdiccional; una alternativa a la Jurisdicción.

II Tipos de árbitros: árbitros de derecho, arbitradores y mixtos

En el derecho chileno, los árbitros se dividen en árbitros de derecho, árbitros arbitradores y mixtos (art. 223 COT).

1 Árbitros de derecho

Son árbitros de derecho los que fallan de conformidad a la ley sustantiva y se someten al procedimiento establecido en la ley según el tipo de pretensión deducida, como si ante un juez ordinario se tratara. Esta es la situación general y supletoria respecto a la calidad que tendrán los árbitros en el derecho chileno, de modo tal que si se acuerda el nombramiento de un árbitro y no hay referencia sobre la calidad del mismo, se entiende que es de derecho.

2 Árbitros arbitradores

Son árbitros arbitradores o amigables componedores aquellos que fallan el fondo del asunto sometido a su conocimiento y decisión, obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren. Respecto al procedimiento que deben utilizar, éste será el que las partes de común acuerdo determinen y, en ausencia de ese acuerdo, de conformidad al procedimiento regulado en el Código de Procedimiento Civil, atendiendo a la naturaleza de la pretensión deducida.

3 Árbitros mixtos

Son árbitros mixtos, aquellos que fallan de conformidad a la ley sustantiva, pero que se someten al procedimiento que las partes de común acuerdo determinen.

III Requisitos para ser árbitro:

Los requisitos para ser árbitros son: en primer lugar, ser mayor de edad; en segundo, tener la libre disposición de sus bienes; tercero, saber leer y escribir, y, en cuarto lugar, ser abogado, para el caso de los árbitros de derecho y mixtos (arts. 224 y 225 COT).

IV Tipos de arbitraje: arbitraje permitido, prohibido y obligatorio

La regla general es que todos los asuntos litigiosos pueden ser sometidos voluntariamente al conocimiento y decisión de un árbitro. La excepción viene dada por las materias que no pueden ser sometidas a arbitraje y por aquellas en que no es voluntario el sometimiento, sino obligatorio. Estas excepciones corresponden entonces al arbitraje prohibido y al obligatorio (artículos 229 y 230 COT).

1 Arbitraje prohibido

Son materias de arbitraje prohibido: (1) Cuestiones sobre derecho de alimentos; (2) El derecho a pedir separación de bienes entre marido y mujer; (3) Las causas criminales; (4) Las causas de policía local; (5) Las causas que se

susciten entre un representante legal y su representado; (6) Todas aquellas causas en las que debe ser oído el Fiscal Judicial; (7) Las que prohíban leyes especiales.

2 Arbitraje obligatorio

Son materias de arbitraje obligatorio: (1) La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva, o en comandita civil, y la de las comunidades. Sin embargo, si existe un juicio de divorcio, separación judicial o de nulidad del matrimonio, las partes pueden pedir al juez estatal que conoce de estos procedimientos que liquide la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubo entre los cónyuges; (2) La partición de bienes; (3) Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas; (4) Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio; (5) Las demás que determinen las leyes.

Sin embargo, nada impide que en sustitución del arbitraje, las partes arreglen por sí mismos los conflictos referidos a estas materias, en la medida que se trate de personas que tienen la libre disposición de sus bienes (art. 227 COT).

Fuera de estos casos, nadie puede ser obligado a someter al juicio de árbitros una contienda judicial (art. 228 COT).

Es cuestionable la constitucionalidad del precepto que establece el arbitraje obligatorio. El cuestionamiento constitucional tiene una premisa fundamental: si el arbitraje es una vía alternativa a la Jurisdicción y no una manifestación de esta última, el artículo 227 COT está privando a las personas de un acceso efectivo a la Jurisdicción, que es el contenido central del derecho fundamental a la tutela judicial (art. 19 n° 3 inc. 1° CPR).

El reproche de inconstitucionalidad, por tanto, está supeditado a la determinación previa sobre si el arbitraje es una manifestación de la actividad jurisdiccional o no. Mi tesis es que es una actividad no jurisdiccional y, por tanto, al impedir a las personas que pueden someter las materias a que se refiere el artículo 227 COT a un juez del Estado, se está vulnerando el derecho a la tutela judicial.

V Formación del tribunal arbitral

El nombramiento de el o los árbitros debe hacerse por escrito y con los siguientes contenidos que son requisitos de validez: (1) Nombre y apellidos de las partes litigantes; (2) Nombre y apellido de el o los árbitros nombrados; (3) El asunto sometido al juicio arbitral; (4) Las facultades que se le confieren a el o los árbitros; (5) El lugar y tiempo en que deba desempeñar sus funciones (art. 234 COT); y (6) Si nada se dice, debe llevarse a cabo el juicio arbitral en el lugar en que se celebró el compromiso y, respecto al plazo, dentro de los dos años desde la aceptación del cargo (art. 235 COT).

Si no hay consentimiento unánime sobre la persona que será designada árbitro, tal nombramiento lo realiza en subsidio la justicia ordinaria, debiendo recaer, en ese caso, el nombramiento en una persona distinta de la que no logró el consentimiento previo de las partes.

Una vez aceptado el *encargo* por el o los árbitros, estos quedan obligados a desempeñarlo. Esta obligación cesa:

1º Si las partes ocurren de común acuerdo a la justicia ordinaria o a otros árbitros solicitando la resolución del negocio;

2º Si fueren maltratados o injuriados por alguna de las partes;

3º Si contrajeran enfermedad que les impida seguir ejerciendo sus funciones y

4º Si por cualquier causa tuvieran que ausentarse del lugar donde se sigue el juicio (art. 240 COT).

Por otra parte, los árbitros pueden ser inhabilitados por causa legal que haya sobrevenido a su nombramiento o de la que se ignoraba al momento de pactar el compromiso (art. 243 COT).

NOVENA PARTE

CAPÍTULO PRIMERO**LOS JUECES****I Requisitos para ser juez (los del poder judicial, con la excepción de los tribunales militares en tiempo de paz)**

Para ser juez se requiere, en primer lugar, ser chileno; en segundo, tener el título profesional de abogado y, en tercer lugar, cumplir satisfactoriamente el programa de formación de la Academia Judicial.

Tratándose de abogados ajenos a la Administración de justicia que postulen directamente al cargo de juez de letras de comuna o agrupación de comunas, se requerirá que, además de los requisitos precedentemente indicados, hayan ejercido la profesión de abogado por un año, a lo menos (art. 252 COT).

En el caso de ministros de Cortes de Apelaciones, además del requisito de ser chileno y abogado, se requiere: en primer lugar, haber cumplido el programa de perfeccionamiento profesional para ser Ministro de Corte de Apelaciones de la Academia Judicial y, en segundo lugar, haber ejercido efectiva y continuamente la función de juez letrado por un año, a lo menos (art. 253 COT).

En el caso del nombramiento de ministros de la Corte Suprema, deben haber desempeñado necesariamente el cargo de ministros de Corte de Apelaciones, salvo el caso de abogados externos al Poder Judicial.

II Impedimentos para ser juez

Están impedidos para convertirse en jueces: en primer lugar, los declarados interdictos por demencia o prodigalidad; en segundo, los sordos; en tercero, los mudos; en cuarto lugar, los ciegos; en quinto lugar, los que se hallaren acusados por crimen o simple delito o los que estuvieren acogidos a la suspensión condicional del procedimiento; en sexto lugar, los que hubieren sido condenados por crimen o simple delito (no afecta a los condenados por delitos contra la seguridad interior del Estado); en séptimo lugar, los fallidos, a menos que hayan sido rehabilitados en conformidad a la ley; en octavo lugar, los que hayan recibido órdenes eclesiásticas mayores, y, en noveno

lugar, los que tuvieren dependencia de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas ilegales, a menos que el interesado pueda justificar su uso o consumo por un tratamiento médico (arts. 251 y 256 COT).

III Incompatibilidades para ser juez

Por motivos laborales: No se puede ejercer el cargo de juez si, al mismo tiempo, se ejerce una función estatal o municipal remunerada con fondos fiscales. Se exceptúa el desempeño en funciones docentes en entidades estatales o municipales remuneradas con fondos fiscales por un máximo de doce horas semanales (art. 261 COT).

Por razones políticas: En el caso de personas que hubieren desempeñado el cargo de la Presidente de la República, Ministro de Estado, Intendente, Gobernador o Secretario de Intendencia, no podrá ser nombrado como ministro de los Tribunales Superiores de Justicia, juez letrado, fiscal judicial o relator, sea en propiedad, interinamente o como suplente, sino un año después de haber cesado en el desempeño de tales funciones (art. 257 COT).

Por parentesco con otros funcionarios judiciales (arts 259 y 260 COT).

Todas estas incompatibilidades buscan reforzar la independencia judicial, ya sea externa, como en los dos primeros numerales, o interna, como en el tercer numeral.

IV Honores y prerrogativas de los jueces

La Corte Suprema tendrá el tratamiento de Excelencia y las Cortes de Apelaciones el de Señoría Ilustrísima.

A los ministros de estos tribunales y a los jueces de letras se les tratará de Señoría (art. 306 COT).

Los jueces ocuparán en las ceremonias públicas el lugar que les asigne, según su rango, el reglamento respectivo (art. 307 COT).

Por otra parte, los jueces están exentos de toda obligación de servicio personal que las leyes impongan a los ciudadanos chilenos (art. 308 COT). Estos honores y prerrogativas también regirán para los jueces que se encuentren jubilados.

V Derechos y deberes de los jueces

1 Deberes de los jueces

Deber de residencia: los jueces deben residir constantemente en la ciudad o población donde tenga asiento el tribunal en que deban prestar sus servicios. Sin embargo, las Cortes de Apelaciones podrán en casos calificados autorizar transitoriamente a los jueces de su territorio competencial para que residan en un lugar distinto al del asiento del tribunal (art. 311 COT).

Deber de asistencia: Los jueces deben asistir todos los días al tribunal, al despacho habilitado para que desarrollen su trabajo. En el tribunal los jueces deben permanecer al menos 4 horas al día, cuando los asuntos estén siendo conocidos y tramitados en tiempos corrientes o normales. Este mínimo se extiende a 5 horas en los casos en que exista atraso (art. 312 COT). En el caso de jueces con competencia penal, la ley exige una asistencia mínima semanal de 44 horas. Tratándose de jueces de garantía, debe establecer un sistema de turno para que puedan cumplir sus funciones fuera de este horario mínimo (art. 312 COT).

Deber de despachar los asuntos dentro de los plazos que fije la ley o con toda brevedad que las actuaciones de su ministerio les permitan, respetando el orden de antigüedad en el ingreso de los asuntos, como regla general.

Deber de realizar declaración jurada de intereses: Los jueces deben realizar una declaración jurada de intereses ante un notario de la ciudad donde ejercieren sus funciones, o ante oficial del Registro Civil en aquellas comunas donde no hubiere notario. Se entiende por declaración de intereses, de conformidad con el artículo 60 de la Ley n° 18.575, la declaración sobre las actividades profesionales y económicas en que participa el juez. Esta declaración es pública y cualquier persona la puede consultar. La declaración debe ser actualizada cuando el funcionario sea designado en un nuevo cargo. El no cumplimiento de esta obligación podrá ser sancionada con amonestación privada, censura por escrito, multa de 1 a 15 días de sueldo o multa no inferior a una ni superior a cinco unidades tributarias mensuales o suspensión de funciones hasta por cuatro meses (art. 323 bis en relación con el 537, ambos del COT).

Deber de realizar declaración jurada de patrimonio: los jueces deben realizar una declaración jurada de patrimonio, ante el Secretario de la Corte Suprema o de la Corte de Apelaciones, según corresponda. Esta declaración puede ser

consultada por cualquier persona. Si no se presenta la declaración dentro de plazo de 60 días luego de asumido en el cargo, se podrá aplicar al juez una multa de 10 a 30 UTM. Y para el caso que no se actualice la declaración de patrimonio, la sanción puede oscilar entre 5 y 15 UTM (art. 323 bis A COT).

Deber de realizar declaración jurada de no tener dependencia a drogas ilícitas (art. 323 ter y 251, ambos del COT).

VI Prohibiciones de los jueces

La de ejercer la abogacía, salvo los casos de defensa de intereses personales y de familiares cercanos (art. 316 COT).

La de aceptar compromisos arbitrales, salvo los casos en que puede ser inhabilitado por causa legal (art. 317 COT).

La de expresar o insinuar privadamente su juicio u opinión respecto de los negocios que están conociendo y deben fallar. Asimismo, les está prohibido escuchar las alegaciones formuladas por las partes, sus abogados o representantes judiciales o a través de terceras personas, fuera del tribunal (art. 320 COT).

La de comprar o adquirir las cosas o derechos litigiosos que dicen relación con los juicios de que conocen. En el caso de las cosas o derechos que han dejado de ser litigiosos, la prohibición cesa a los 5 años desde que dejaron de serlo (art. 321 COT).

La de adquirir pertenencias mineras o una cuota de ellas dentro del territorio competencial en que desempeñan sus funciones. La infracción de esta prohibición tiene doble sanción. Civilmente, con la pérdida de los derechos y su transferencia a la persona que primeramente denuncie la infracción a los tribunales de justicia. La denuncia se tramitará de conformidad a un procedimiento civil sumario. Penalmente, el juez recibirá la pena de inhabilitación especial temporal en su grado medio (art. 322 COT).

Dirigir al Poder Ejecutivo, a funcionarios públicos o a entidades estatales, felicitaciones o censuras por sus actos (art. 323 1° COT).

Realizar actuaciones o intervenir en actos políticos (art. 323 n° 2 y 3 COT).

Publicar, sin autorización del Presidente de la Corte Suprema, escritos en defensa de su conducta oficial (art. 323 n° 4).

Atacar en cualquier forma la conducta oficial de otros jueces o magistrados (art. 323 n° 4 COT).

CAPÍTULO SEGUNDO

AUXILIARES Y COLABORADORES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: BREVE EXAMEN DE CADA UNO DE ELLOS

A continuación, se esbozará un cuadro general que delinea a los principales colaboradores de la Justicia y sus funciones principales:

I Fiscalía Judicial

Este organismo es servido por los fiscales judiciales los que desarrollan sus tareas ante los Tribunales Superiores de Justicia. El jefe del servicio es el fiscal judicial de la Corte Suprema. Como se está frente a una unidad que no ejerce Jurisdicción, el fiscal judicial de la Corte Suprema, en virtud de su mando, puede impartir instrucciones a los demás fiscales respecto a cómo deben ejercer su ministerio.

La Fiscalía toma el nombre de Fiscalía Judicial con la reforma procesal penal del año 2000. Ello por cuanto los fiscales del Ministerio Público, órgano creado en virtud de la referida reforma, son únicos encargados de la persecución penal sin que los fiscales judiciales tengan, hoy en día, competencias en materia penal.

Los fiscales judiciales son independientes de todo otro poder y especialmente de los tribunales de justicia. Para ello la ley les garantiza plena inamovilidad. Asimismo, tienen el trato de Señoría y gozan de los mismos honores y prerrogativas que los jueces (art. 352 COT).

Hoy en día, la competencia de la Fiscalía Judicial de la Corte Suprema se reduce a:

Primero, vigilar la conducta de los ministros y fiscales de las Cortes de Apelaciones. Tratándose de otros jueces y funcionarios judiciales del Poder Judicial, exceptuados los ministros de la Corte Suprema, dicha vigilancia puede ser desarrollada por él o bien por los fiscales de las Cortes de Apelaciones. La función del fiscal de la Corte Suprema es poner en aviso a la Corte Suprema de cualquier falta que pudieren cometer los ministros y jueces y será esta Corte la que podrá adoptar las medidas que correspondan y sean procedentes.

Segundo, transmitir y hacer cumplir al fiscal judicial que corresponda los requerimientos que el Presidente de la República tenga a bien hacer con respecto a la conducta ministerial de los jueces y demás empleados del Poder Judicial, para que reclame las medidas disciplinarias que correspondan, del tribunal competente, o para que, si hubiere mérito, entable la correspondiente acusación (art. 353 COT).

Otras competencias de la Fiscalía Judicial: (1) Dar su opinión en contiendas de competencia; (2) Dar su opinión en los juicios sobre responsabilidad civil de los jueces o de empleados públicos, por sus actos ministeriales; (3) Dar su opinión en los juicios sobre estado civil de alguna persona; (4) Dar su opinión en los negocios judiciales que afecten los bienes de las corporaciones o fundaciones de derecho público. Esta opinión solo se pide en la primera instancia y no procede en segunda instancia; y (5) Dar su opinión en todos aquellos casos que leyes especiales lo prescriban (art. 357 COT).

Ahora bien, los jueces, salvo en materias criminales, pueden pedir la opinión de los fiscales judiciales en todos los casos que lo consideren necesario (art. 359 COT).

Hay que tener presente que en forma supletoria, pueden desarrollar tareas jurisdiccionales, cuando son llamados a integrar una sala de una Corte de Apelaciones cuando, por falta o inhabilidad de sus ministros, no pudieren constituirse las salas (art 215 COT).

Estas opiniones deberán ser pedidas y dadas por la Fiscalía Judicial antes de la sentencia definitiva u otra resolución judicial que en un determinado procedimiento ponga fin a la instancia (art. 355 COT).

Los fiscales judiciales para el cumplimiento de sus tareas y para velar por los intereses que la ley les ha confiado, pueden pedir los expedientes que están tramitando los jueces del Poder Judicial y éstos deben cumplir con el pedido. Sin embargo, los jueces pueden representar la petición de los fiscales judiciales en aquellos casos en que consideren que la remisión del expediente puede afectar la reserva que el asunto tramitado, de conformidad con la ley, pueda comportar (art. 361 COT).

Como se puede observar, hay dos grandes competencias que han quedado en manos de la Fiscalía Judicial: Primero, colaborar en la vigilancia de la conducta de los jueces y demás funcionarios judiciales. En este punto, la Fiscalía Judicial sirve de canal de comunicación entre el Presidente de la República y la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones. Segundo, velar por el interés

público que subyace en determinados negocios judiciales. En este caso, se recurre a la fórmula de dictámenes de la Fiscalía Judicial, los que pretenden asesorar o auxiliar la labor del juez. Como su nombre lo indica, y como no podría ser de otra manera, al no ser un órgano jurisdiccional, el dictamen de la Fiscalía Judicial no es vinculante para el juez.

II Los defensores públicos

Los defensores públicos son nombrados por el Presidente de la República previa propuesta de la Corte de Apelaciones respectiva (art. 459 COT).

Se les exige los mismos requisitos para ser nombrados jueces de letras (art. 462 COT).

En cada territorio competencial de un juzgado de letras debe nombrarse a un defensor público, salvo en algunas comunas de la Región Metropolitana donde deben nombrarse dos defensores (art. 365 COT).

1 Las competencias de los defensores públicos son de tipo obligatorias y algunas facultativas:

a) Competencias obligatorias

Se debe escuchar la opinión de los defensores públicos:

En los juicios que se susciten entre un representante legal y su representado.

En los actos de los incapaces o de sus representantes legales, los curadores de bienes, de los menores habilitados de edad, para los cuales actos la ley exija autorización o aprobación judicial.

En general, en todo negocio respecto del cual las leyes prescriban expresamente la audiencia o intervención del ministerio de los defensores públicos o de los parientes de los interesados (art. 366 COT).

b) Competencias facultativas

Los defensores públicos pueden representar en asuntos judiciales a los incapaces, ausentes y a las fundaciones de beneficencia u obras pías, que no tengan guardador, procurador o representante legal.

Pueden accionar ante los tribunales de justicia para controlar la labor de los guardadores de los incapaces, de los curadores de bienes, de los representantes legales de las fundaciones de beneficencia y de los encargados de la ejecución de obras pías.

Los jueces, si lo estiman procedente, pueden oír a los defensores públicos en los negocios que interesen a los incapaces, a los ausentes, a las herencias yacentes, a los derechos de los que están por nacer y a las personas jurídicas o a las obras pías (art. 369 COT).

III Los relatores

Los relatores son auxiliares de la justicia que además son ministros de fe pública. Son nombrados por el Presidente de la República previa propuesta de la Corte Suprema o Cortes de Apelaciones, según sea la Corte donde desarrollarán sus funciones (art. 459 COT).

La ley exige para ser relator los mismos requisitos que para ser juez de letras (art. 463 COT).

La función más relevante de los relatores es la de hacer relación de los procesos (art. 372 n° 4 COT). En las relaciones los relatores deben comunicar todo lo que sea necesario para que la Corte quede enteramente instruida del asunto sometido a su conocimiento, dando fielmente razón de todos los documentos y circunstancias que puedan contribuir a aquel objeto (art. 374 COT). En dicha vital función, se les prohíbe revelar el contenido de las sentencias y acuerdos del tribunal antes de estar firmados y publicados (art. 375 COT).

Además, tienen por funciones (art. 362 COT): (1) Dar cuenta diaria de las solicitudes que se presenten en calidad de urgentes, de las que no pudieren ser despachadas por la sola indicación de la suma y de los negocios que la Corte mandare pasar a ellos; (2) Poner en conocimiento de las partes o sus abogados el nombre de las personas que integran el tribunal, en el caso que haya que integrar la sala o la Corte con el Fiscal Judicial o con abogados integrantes;

(3) Revisar los expedientes que se les entreguen y certificar que están en estado de relación. Todo trámite que se requiera para poder conocer la causa, informarán al Presidente de la Corte la actuación que corresponda realizar; (4) Anotar el día de la vista de cada causa el nombre de los jueces que hubieren concurrido en ella, si no fuere despachada inmediatamente; (5) Cotejar con los procesos los informes en derecho presentados; y (6) Antes de hacer la relación, dar cuenta a la Corte de todo vicio u omisión substancial que notaren en los procesos, de los abusos que pudieren dar mérito a que la Corte ejerza sus facultades disciplinarias (art. 373 COT).

IV Los secretarios

Los secretarios de Cortes y Juzgados de letras son ministros de fe pública. Son nombrados por el Presidente de la República previa propuesta de la Corte Suprema o Cortes de Apelaciones según corresponda (art. 459 COT). Requieren los mismos requisitos para ser nombrados jueces de Letras (art. 463 COT).

Como ministros de fe, su principal tarea consiste en autorizar las providencias, despachos y actos emanados de las cortes y tribunales. Además, les corresponde custodiar los expedientes y todos los documentos y papeles que sean presentados a la Corte o juzgado en que prestan sus servicios.

Les corresponde, además, como ministros de fe autorizar los poderes judiciales que puedan otorgarse ante ellos, entre otras.

Les corresponde, también, despachar diariamente las actuaciones de mero trámite, lo cual será revisado y firmado por el juez (art. 381 COT).

V Los administradores de tribunales

La principal función de los administradores de tribunales es la de organizar y controlar la gestión administrativa de los tribunales de juicio oral en lo penal y de los juzgados de garantía.

Para ser administrador de tribunal se requiere poseer un título profesional relacionado con las áreas de administración y gestión, otorgado por una universidad o por un instituto profesional, de una carrera de 8 semestres de duración, a lo menos (art. 389 C COT).

Los administradores son designados de una terna elaborada por el juez presidente, a través de un concurso público de oposición y antecedentes, que será resuelto por el comité de jueces del respectivo tribunal (art. 389 D COT).

Las principales funciones relacionadas con la administración y gestión del tribunal están contenidas en el artículo 389 B COT. En estas labores, el administrador se atenderá a las políticas generales de selección de personal, de evaluación, de administración de recursos materiales y de personal, de diseño y análisis de la información estadística y demás que dicte el Consejo de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, en el ejercicio de sus funciones propias (art. 389 inciso final COT).

VI Los receptores

Los receptores son ministros de fe pública que son nombrados por el Presidente de la República previa propuesta de la Corte de Apelaciones respectiva (art. 459 COT). Se requiere tener las cualidades para ejercer el derecho de sufragio en las elecciones populares y acreditar la aptitud necesaria para poder desempeñar el cargo. No pueden tener menos de 25 años (art. 467 COT).

La principal labor que cumplen estos auxiliares de la justicia es hacer saber a las partes, fuera de las oficinas de los secretarios, los decretos y resoluciones de los tribunales de justicia y de realizar todas aquellas diligencias que los tribunales les encarguen. Deben recibir también las informaciones sumarias de testigos en los actos voluntarios o en los juicios civiles. Asimismo, deben actuar como ministros de fe en los juicios civiles recibiendo la prueba testimonial y la absolución de posiciones (art. 390 COT).

Los receptores cumplen sus funciones en el territorio competencial de los tribunales donde desarrollan sus funciones. Podrán desarrollar sus labores fuera del territorio competencial del tribunal donde sirven y que hayan sido ordenadas por el tribunal, pero dentro del territorio competencial de la respectiva Corte de Apelaciones (art. 391 COT).

Como ministros de fe, deben desarrollar sus tareas con prontitud y fidelidad, ciñéndose en todo a la legislación vigente, y deberán dejar testimonio íntegro de las diligencias en los autos respectivos (art. 393 COT).

Podrán hacer uso del auxilio de la fuerza pública que decreta un tribunal para la realización de una determinada diligencia respecto del cual fuere autorizado. La autorización del tribunal es esencial, pues sin ella se arriesga a una sanción penal. Es común el auxilio de la fuerza pública autorizada en determinadas diligencias, como el retiro de especies en el contexto de un juicio ejecutivo civil, para proceder a la realización y subasta de los bienes embargados.

Los honorarios de los receptores son pagados por las partes que piden sus servicios, pero no podrán cobrar derechos superiores a los que establezca el arancel respectivo. Estos aranceles son fijados anualmente por el Presidente de la República previo informe de la Corte Suprema (art. 393 COT).

VII Los procuradores del número

Estos auxiliares de la justicia son funcionarios que representan a las partes en juicio, ante los Tribunales Superiores de Justicia.

En cada comuna o agrupación de comunas existirán los procuradores del número que determine el Presidente de la República previo informe de la Corte de Apelaciones respectiva (art. 394 COT).

Los procuradores del número son nombrados por el Presidente de la República previa propuesta de la Corte Suprema o la Corte de Apelaciones respectiva (art. 459 COT).

Se requiere tener las cualidades para ejercer el derecho de sufragio en las elecciones populares y acreditar la aptitud necesaria para poder desempeñar el cargo. No pueden tener menos de 25 años (art. 467 COT).

Son obligaciones de los procuradores del número: (1) Dar los avisos convenientes sobre el estado de los asuntos que tuvieren a su cargo, o sobre las providencias y resoluciones que en ellos se libraren, a los abogados a quienes estuviere encomendada la defensa de los mismos asuntos y (2) Servir gratuitamente a los pobres con arreglo a lo dispuesto en el art. 595 COT (art. 397 COT).

VIII Los notarios

Los notarios son ministros de fe pública encargados de autorizar y guardar en su archivo los instrumentos que ante ellos se otorgaren, de dar a las partes interesadas los testimonios que pidieren y de practicar las demás diligencias que la ley les encomiende (art. 399 COT).

En cada comuna o agrupación de comunas que constituya el territorio competencial de los jueces de letras, habrá a lo menos un notario. Para crear más notarías en los territorios formados por una agrupación de comunas, el Presidente de la República, previo informe favorable de la Corte de Apelaciones respectiva, podrá crearlas.

Los notarios son nombrados por el Presidente de la República previa propuesta de la Corte de Apelaciones respectiva (art. 459 COT). Para ser nombrado notario se requiere tener las mismas condiciones que para ser juez de letras (art. 463 COT). Sin embargo, las prohibiciones para ser notarios solo se restringen a estar en interdicción por causa de demencia o prodigalidad, los sordos, ciegos y mudos, los que fueren procesados (acusados) por crimen o simple delito y los que estuvieren sufriendo la pena de inhabilitación para cargos y oficios públicos (art. 465 COT).

Los actos más formales y trascendentes que realizan los notarios es otorgar escrituras públicas a petición de las partes interesadas, las que deben ser extendidas manuscritas, mecanografiadas o en otra forma que autorice la ley (art. 405 COT).

Otro acto relevante es la protocolización, que es el hecho de agregar un documento al final del registro de un notario, a pedido de quien lo solicita (art. 415 COT).

Para cumplir tales labores, los notarios deberán mantener un libro repertorio de escrituras públicas y de documentos protocolizados en el que se dará un número a cada uno de estos instrumentos por riguroso orden de presentación (art. 430 COT). Además, deberá llevar un libro índice público en el que anotará las escrituras por orden alfabético de los otorgantes. Y, además, deberá llevar otro libro privado en el que anotará, en la misma forma, los testamentos cerrados con indicación del lugar de su otorgamiento y el nombre y domicilio de los testigos. Este último es reservado (art. 431 COT).

La conservación de estos libros es responsabilidad del notario, mientras estén en su poder. Debe guardar durante un año los protocolos pedidos y las

escrituras públicas, sus índices, deben ser guardados por los notarios por 10 años. Pasadas esas fechas, deben ser entregados al archivero judicial (art. 432 y 433 COT).

Los protocolos deben ser guardados en cajas de seguridad o bóvedas contra incendio (art. 434 COT).

Los notarios responden disciplinariamente ante las Cortes de Apelaciones. También responden penalmente en caso de incumplimiento de las obligaciones que les impone el artículo 440 letras a, b, c, d y e del COT, además de cumplir sus funciones fuera del territorio competencial o de falsificación autenticando una firma que no corresponda a la que firma un documento. En estos últimos casos, además de la pena que corresponda aplicar, se debe imponer la inhabilitación especial perpetua para el ejercicio del cargo, sin perjuicio de otras penas accesorias (art. 445 COT).

IX Los conservadores

Los conservadores son ministros de fe encargados de los registros conservatorios de bienes raíces, de comercio, de minas, de accionistas de sociedades propiamente mineras, de asociaciones de canalistas, de prenda agraria, de prenda industrial, de especial de prenda y las demás que le encomienden las leyes (art. 446 COT).

En cada comuna o agrupación de comunas que constituya el territorio competencial de un juzgado de letras existirá un conservador (art. 447).

Le corresponde al Presidente de la República determinar qué notario llevará cada uno de los registros (art. 448 COT). Pero la Corte de Apelaciones respectiva puede informar favorablemente al Presidente de la República para que éste determine la separación de los cargos de notario y conservador, servidos por una misma persona, la que podrá optar a uno u otro cargo. Mismo procedimiento puede emplearse para la división del territorio competencial de un conservador, pudiendo el Jefe de Estado crear los oficios conservatorios que estimare convenientes para el mejor servicio público (art. 450 COT).

Los conservadores son nombrados por el Presidente de la República previa propuesta de la Corte de Apelaciones respectiva (art. 459 COT). Para ser nombrado conservador se requiere tener las mismas condiciones que para ser juez de letras (art. 463 COT). Sin embargo, las prohibiciones para ser

notarios solo se restringen a estar en interdicción por causa de demencia o prodigalidad, los sordos, ciegos y mudos, los que fueren procesados (acusados) por crimen o simple delito y los que estuvieren sufriendo la pena de inhabilitación para cargos y oficios públicos (art. 465 COT). Toda esta normativa debe conjugarse con lo dispuesto en el artículo 452 COT.

X Los archiveros

Los archiveros son ministros de fe pública encargados de la custodia de los documentos otorgados ante los notarios y los expedientes de los procesos afinados que se llevaron a cabo ante los tribunales del territorio competencial respectivo. En virtud de esta función, les corresponde dar a las partes interesadas los testimonios que de ellos pidieren (art. 453 COT). En su calidad de ministros de fe, sus funciones se limitan a dar conforme a derecho, los testimonios y certificados que se les pidan, y a poner, a petición de parte, las respectivas notas marginales en las escrituras públicas (art. 456 COT).

Habrá un archivero en las comunas asiento de Corte de Apelaciones y en las demás comunas que determine el Presidente de la República, previo informe de la Corte de Apelaciones respectiva. El territorio competencial será el que corresponda a los juzgados de letras de la respectiva comuna.

Los archiveros son nombrados por el Presidente de la República previa propuesta de la Corte de Apelaciones respectiva (art. 459 COT).

XI Los consejos técnicos

Los consejos técnicos son organismos que se componen de profesionales que, de manera individual o colectiva, asesoran a los jueces con competencia en materia de familia, en el análisis y mayor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento y decisión. Su número y requisitos son los que determina la ley (art. 457 COT).

XII Los bibliotecarios judiciales

Los bibliotecarios judiciales son funcionarios auxiliares de la justicia que tienen por función la custodia, mantenimiento y atención de la biblioteca

de la Corte en que desempeñen sus funciones. Asimismo, les corresponderá realizar los trabajos relacionados con las estadísticas del tribunal que éste o su Presidente le encomienden.

Respecto al bibliotecario de la Corte Suprema, tendrá a su cargo la custodia de todos los

documentos originales de la calificación de los funcionarios y empleados del poder judicial. Para tales efectos, una vez concluido y estando ejecutoriado el proceso anual de calificación, le deberán ser remitidos tales documentos originales. En estas labores, está facultado para dar a las partes interesadas los testimonios referidos a sus calificaciones (art. 457 bis COT).

CAPÍTULO TERCERO**COLABORADORES DEL PODER JUDICIAL**

Existen algunas entidades que sin ser auxiliares de la Administración de Justicia, al no estar enumerados en el Título XI del Código Orgánico de Tribunales, colaboran con la Corte Suprema y los demás tribunales en la gestión judicial. Me refiero a la Corporación Administrativa del Poder Judicial y a la Academia Judicial.

I Corporación Administrativa del Poder Judicial

La Corporación Administrativa del Poder Judicial puede ser entendida como un ente público con personalidad jurídica propia que tiene por función colaborar para hacer efectiva el poder directivo y económico que la Constitución le confía a la Corte Suprema. En este sentido, en lo que toca a la administración de recursos humanos, financieros, tecnológicos y materiales referidos a los tribunales que forman parte del poder judicial, dicha labor que corresponde a la Corte Suprema se lleva a cabo vía Corporación Administrativa del Poder Judicial.

La Corporación fue creada por ley en el año 1990, pasando a reemplazar, en todos sus bienes, derechos y obligaciones, a la Junta de Servicios Judiciales.

Se trata de un organismo supeditado completamente a lo que determine la Corte Suprema, sin que se pueda predicar independencia o autonomía funcional respecto de esta Corte.

De esta manera, el Código señala que la Corporación “dependerá exclusivamente de la misma Corte [Suprema] y tendrá su domicilio en la ciudad en que ésta funcione” (art. 506 COT).

La Corporación Administrativa del Poder Judicial es dirigida por un Consejo Superior. Tiene, además, un director, un subdirector, un jefe de finanzas y presupuestos, un jefe de adquisiciones y mantenimiento, un jefe de informática y computación, un jefe de recursos humanos y un contralor interno (art. 507 COT).

El Consejo Superior lo integra el Presidente de la Corte Suprema, quien lo preside, y cuatro ministros supremos elegidos en forma secreta por la propia

Corte. Se eligen de la misma manera a dos consejeros suplentes. Al Presidente del Consejo Superior le corresponde la representación legal de la Corporación (art. 509 COT). Al director le corresponde hacer de secretario del Consejo Superior y tendrá derecho a voz en sus reuniones (art. 510 COT).

II Academia Judicial

La Academia Judicial es un órgano que de conformidad con la ley forma a los futuros jueces y perfecciona a los jueces y funcionarios del poder judicial.

Es una corporación de derecho público, tiene personalidad jurídica, patrimonio propio y está sometida a la supervigilancia de la Corte Suprema.

Al Consejo Directivo de la Academia Judicial le corresponde establecer o aprobar los cursos sobre formación y perfeccionamiento de los funcionarios del Poder Judicial, a propuesta del Director de la Academia (art. 3º nº 3 de la ley).

El Consejo Directivo de la Academia Judicial se compone de nueve miembros, dos de los cuales forman parte de la Corte Suprema como ministros y uno como Fiscal Judicial. El resto de su formación lo componen el Ministro de Justicia, un ministro de Corte de Apelaciones, un representante de la segunda categoría del Escalafón Primario, un representante de las asociaciones gremiales de abogados y dos académicos de universidades reconocidas por el Estado.

Sus acuerdos se adoptan por mayoría simple de los presentes.

DÉCIMA PARTE

CAPÍTULO PRIMERO**CONCEPTO DE COMPETENCIA Y SU RELACIÓN
CON LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL**

El artículo 108 COT define a la *competencia* como la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones. La doctrina critica esta definición legal al entender que si se refiere a facultad de conocer de los negocios que la ley ha puesto dentro de la esfera de sus atribuciones, no se diferencia del todo la *competencia* del concepto de *Jurisdicción*.

De esta manera, puede ser más claro y simple entender por *competencia* el modo cómo se distribuye la función jurisdiccional entre los distintos jueces y tribunales.

La *Jurisdicción* como potestad y función del Estado es una sola y no se subdivide o clasifica; es indivisible. La *competencia* puede dividirse y clasificarse.

Todo juez o tribunal tiene la misma entidad jurisdiccional; ejercen el mismo poder y función en igual grado y entidad. Pero así como todo juez o tribunal ejerce el mismo nivel, grado o entidad de *Jurisdicción*, no todos tienen la misma *competencia*. No existen así jueces o tribunales carentes de *Jurisdicción*, en la medida en que se creen de conformidad a como la Constitución y la ley lo prevean. Pero sí hay jueces y tribunales que carecen de determinada *competencia*.

Los juzgados civiles de Valdivia ejercen en plenitud la función jurisdiccional definida en el artículo 76 CPR. Tienen *competencia* para conocer, por ejemplo, de una demanda civil sobre cumplimiento de contrato de compraventa, pero carecen de *competencia* para conocer de una demanda de divorcio o de una demanda de un trabajador por despido injustificado. Estos son asuntos de *competencia* del juzgado de familia y del juzgado de letras del trabajo, respectivamente.

Cuando se presentan las referidas demandas para declarar el divorcio entre los cónyuges o para que se indemnice al trabajador por despido injustificado, los juzgados civiles de Valdivia pueden declarar su *incompetencia* de oficio y en esa declaración de *incompetencia* hay ejercicio de la *Jurisdicción*. En estos casos, hay *Jurisdicción* pero no *competencia*.

La regulación minuciosa de la *competencia* de los tribunales de justicia en la ley, tiene importancia y su justificación en atención a la necesidad de una organización racional del trabajo jurisdiccional. Se relaciona así con el mandato constitucional dirigido al legislador de lograr una pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República (art. 77 CPR).

Para los justiciables, la precisión del legislador de la *competencia* de los tribunales de justicia, se constituye en una de las garantías del racional y justo proceso, pues el tribunal que es llamado a conocer de un asunto debe estar determinado por la ley antes de la ocurrencia de los hechos que debe conocer y juzgar conforme a derecho. De esta manera, las personas pasan a tener un derecho fundamental a ser juzgados por un tribunal competente, lo que se relaciona claramente con el derecho a un juez natural u ordinario predeterminado por la ley (art. 19 n° 3 inciso 5° CPR).

Tal es la importancia de la *competencia*, observada como institución de interés público para un mejor trabajo jurisdiccional y como derecho fundamental de las personas, que la infracción de ella acarrea como consecuencia la nulidad del proceso y de la sentencia dictada por el tribunal que carecía de la *competencia*. Esa nulidad puede ser derivada de una infracción al principio general del debido proceso o bien a que la ley establece, entre las específicas causales de casación o nulidad, la *incompetencia* del tribunal. Por otra parte, durante el proceso se faculta al juez a declarar su *incompetencia* de oficio y se dan las herramientas a las partes para solicitarla (*inhibitoria* y *declinatoria*).

CAPÍTULO SEGUNDO

CLASIFICACIÓN DE LA COMPETENCIA

La doctrina suele clasificar de distinta manera a la competencia (propia y delegada; contenciosa y voluntaria; de única, de primera o segunda instancia, etc.), pero la clasificación que tiene mayor relevancia por las consecuencias legales que reviste, es la que distingue entre competencia material y la relativa.

Las reglas sobre la competencia material determinan la clase o jerarquía del tribunal que debe conocer de un determinado asunto. Mientras que las reglas de la competencia relativa establecen, una vez determinada la clase o jerarquía del tribunal que debe conocer del asunto, qué tribunal en concreto dentro de la clase o jerarquía, debe conocer de ese asunto.

Ambos tipos de competencias se rigen por normas diversas, no solo porque tienen fines diversos, sino porque se trata de normas de diversa entidad. Las normas referidas a la competencia absoluta son de orden público y como tal son irrenunciables. En virtud de ello, el tribunal puede de oficio declarar su incompetencia. Al contrario, las normas de la competencia relativa son de orden privado y por ello es que pueden renunciarse. Asimismo, solo las partes pueden pedir la declaración de incompetencia relativa, no estando facultado el tribunal para declararla de oficio.

I Reglas generales de la competencia

El Código Orgánico de Tribunales establece ciertas reglas generales para organizar y coordinar la competencia que tiene cada tribunal de justicia. De este modo, entre los artículos 109 y 113 COT se establecen las reglas generales de la competencia. Ellas son: (1) Radicación o fijeza; (2) Grado; (3) Extensión; (4) Prevención; y (5) Ejecución.

1 Regla de la radicación o fijeza (art. 109 COT)

Radicado con arreglo a la ley el conocimiento de un negocio ante tribunal competente, no se alterará esta competencia por causa sobreviniente. Cuestión relevante es determinar cuándo se produce este fenómeno. En materia civil se entiende desde que se notifica legalmente la demanda, en el caso que se haya presentado ante el tribunal competente o bien si era

relativamente incompetente, si no se presentó la excepción dilatoria dentro del término de emplazamiento. Y si se alegó la incompetencia relativa, desde que se falla la excepción rechazándosela.

En materia penal opera la regla de la radicación, respecto del juicio oral ante el Tribunal de Juicio Oral en lo penal, desde que se notifica a las partes presentes en la audiencia celebrada ante el juez de garantía, el auto de apertura del juicio oral, ya que en esta resolución se determina, entre otras cosas, el tribunal competente para conocer del juicio oral (art. 277 a) Código Procesal Penal).

Existen excepciones legales a esta regla, como ocurre en materia civil con la acumulación de autos o de procesos, cuando concurren los requisitos legales.

2 Regla del grado (art. 110 COT)

Una vez fijada con arreglo a la ley la competencia de un juez inferior para conocer en primera instancia de un determinado asunto, queda igualmente fijada la del tribunal superior que debe conocer del mismo asunto en segunda instancia.

Esta regla equivale a la de la radicación pero ahora en segunda instancia.

3 Regla de la extensión (art. 111 COT)

El tribunal que es competente para conocer de un asunto lo es igualmente para conocer de todas las incidencias que en él se promuevan. Lo es también para conocer de las cuestiones que se susciten por vía de reconvencción o de compensación, aunque el conocimiento de estas cuestiones, atendida su cuantía, hubiere de corresponder a un juez inferior si se entablaran por separado.

La regla pretende que se utilice racionalmente a los tribunales de justicia, evitando la dispersión en el conocimiento de las cuestiones que involucran a la tutela judicial solicitada por un ciudadano. En este sentido, se pretende que el tribunal competente para conocer del asunto principal sobre el que versa el proceso, lo sea también para conocer de todos los incidentes o cuestiones accesorias a él, así como de la demanda reconvenccional si se deduce ésta y de toda compensación que pudiere hacerse valer.

Esta regla, hoy en día, no tiene mayor relevancia, pues al no existir tribunales inferiores a los juzgados de letras y tribunales de primera instancia en general,

es obvio que es ese tribunal que conoce del asunto principal el que debe conocer de todo asunto accesorio o conexo.

4 Regla de la prevención (art. 112 COT)

Siempre que según la ley fueren competentes para conocer de un mismo asunto dos o más tribunales, ninguno de ellos podrá excusarse del conocimiento bajo el pretexto de haber otros tribunales que puedan conocer del mismo asunto; pero el que haya prevenido en el conocimiento excluye a los demás, los cuales cesan entonces de ser competentes.

Esta regla es una manifestación de otro principio que rige a los tribunales de justicia, cual es el de inexcusabilidad.

5 Regla de la ejecución (art. 113 COT)

La ejecución de las resoluciones judiciales corresponde a los tribunales que las hubieren pronunciado en primera o en única instancia. Sin embargo, la regla presenta excepciones tanto en materia civil como penal.

En materia civil, si la ejecución de la resolución judicial supone la iniciación de un nuevo juicio, este podrá iniciarse ante el mismo tribunal que dictó la resolución o bien, ante el tribunal que sea competente según las reglas generales establecidas en el Código Orgánico de Tribunales. Como establece el artículo 114 COT, constituye ello una opción o elección para la parte que hubiere obtenido en el juicio.

En la primera hipótesis se está frente a un cumplimiento incidental de la sentencia. La ejecución de la misma se realiza ante el mismo juez y proceso, como un incidente dentro de este último. Para ello no puede transcurrir más de un año desde que la ejecución del fallo se hizo exigible (art. 233 Código de Procedimiento Civil). Esto quiere decir que la elección para la parte vence al año de ejecutoriado el fallo. Transcurrido el plazo de un año, se debe solicitar la ejecución del fallo según las reglas del juicio ejecutivo ante el tribunal competente.

En materia penal la excepción viene dada respecto al cumplimiento de las sentencias que dicta el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. En este caso no corresponde a este tribunal ejecutar la sentencia, sino al juzgado de garantía que intervino previamente en el procedimiento penal. Y a todo ello se suma lo dicho respecto a que quien ejecuta estas sentencias es Gendarmería,

correspondiendo al juzgado de garantía, en los hechos, un rol más de control o garantía antes que de ejecución propiamente tal.

Asimismo, en materia penal, los tribunales que conozcan de la revisión de las sentencias firmes o de los recursos de apelación, de casación o de nulidad contra sentencias definitivas penales, ejecutarán los fallos que dicten para su sustanciación.

II Competencia absoluta y relativa

1 Competencia absoluta

La competencia absoluta se refiere a la clase o jerarquía del tribunal que debe conocer de un asunto. Se trata de determinar qué tribunal dentro del conjunto de ellos creados por la ley, es el que debe conocer de un determinado asunto.

¿Corresponde al Juzgado de Letras, al de Garantía o a la Corte de Apelaciones? Para poder responder esta pregunta, la ley da tres elementos: la materia, la cuantía y el Fuero.

a) Materia

Ya hemos visto que los primeros artículos del COT (arts. 14 y siguientes), van señalando las materias de que conocerán los distintos tribunales. El lenguaje no siempre es el mismo. A veces ocupa: "corresponderá a los jueces de garantía: a)"...; los jueces de letras conocerán: 1º..., etc.

La materia es la naturaleza o clase de asunto sometido al conocimiento del tribunal. Tenemos así: Causas civiles, de comercio, minas, etc. (Juzgados de letras); causas de familia (Juzgados de familia); causas por crímenes o simples delitos (Tribunales de Juicio Oral en lo Penal); causas por faltas penales (Juzgados de Garantía), etcétera.

b) Cuantía

La cuantía es la significación económica o social del asunto sometido al conocimiento de un tribunal.

La cuantía se determina en materia civil por el valor de la cosa disputada. En materia penal por la pena asignada al delito (art. 115 COT).

Los artículos 116 y siguientes del COT establecen los modos cómo se determina ante el tribunal el valor de lo disputado.

En materia civil, la cuantía no es, hoy en día, factor de competencia material, sino que determina el procedimiento aplicable (mínima, menor o mayor cuantía) o bien si el tribunal conoce en única o primera instancia (según si la cuantía es igual o menor a 10 UTM: única instancia, o si es superior a 10 UTM: primera instancia); pero siempre el tribunal competente será el Juzgado de Letras y no otro.

En materia penal, la cuantía sí es factor de competencia absoluta, por cuanto la determinación del enjuiciamiento de crímenes o simples delitos, o bien de faltas, conlleva que el tribunal competente sea, respectivamente, un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal o bien un Juzgado de Garantía.

c) Fuero

El Fuero es aquella calidad especial en virtud de la cual determinadas personas son juzgadas por tribunales distintos de aquellos que le hubiera correspondido de no poseer dichos cargos o calidades.

Al contrario de lo que podría darse a entender, el Fuero no es un privilegio para personas que ostentan cargos o investiduras en materia política, militar o eclesiástica, sino que, al contrario, es un mecanismo legal que intenta asegurar la independencia del tribunal que tiene que juzgar a estos sujetos revestidos de poder.

El Fuero se divide en Fuero menor y Fuero mayor. El Fuero menor no es factor de competencia absoluta sino de instancia. En efecto, tratándose de las personas enumeradas en el artículo 45 COT, aun cuando la cuantía sea inferior a 10 UTM conocerá de la causa donde figura como parte un sujeto con Fuero, el juez de letras, pero en un procedimiento no de única sino de primera instancia, lo que hace que la causa siempre puede llegar a ser conocida por una Corte de Apelaciones si se interpone recurso de apelación

por la parte agraviada. Se trata de asuntos donde sean parte o tengan interés: los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas o el General Director de Carabineros, ministros de la Corte Suprema o de Cortes de Apelaciones y sus fiscales judiciales, jueces de letras, párrocos y vicepárrocos, cónsules generales, cónsules o vicecónsules de naciones extranjeras reconocidas por el Presidente de la República, las corporaciones y fundaciones de derecho público o de los establecimientos públicos de beneficencia (art. 45 g) COT).

Respecto al Fuero mayor, sí es factor de competencia absoluta, por cuanto determina un tribunal distinto en su clase o jerarquía para conocer de asuntos donde sean parte o tengan interés el Presidente de la República, ex Presidentes de la República, Ministros de Estado, Senadores, Diputados, miembros de los Tribunales Superiores de Justicia (causas civiles superiores a 10 UTM), Contralor General de la República, Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y General Director de Carabineros (causas civiles superiores a 10 UTM), Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, Intendentes y Gobernadores, agentes diplomáticos chilenos, embajadores y ministros diplomáticos acreditados con el gobierno de la República o en tránsito por su territorio, los Arzobispos, Obispos, Vicarios Generales, Provisores y Vicarios Capitulares. El tribunal que conoce de los asuntos civiles de estas personas es un ministro de Cortes de Apelaciones, quien conoce en primera instancia (art. 50 n° 2 COT).

En materia penal la calidad o cargo que ocupan ciertas personas del mundo político (diputados y senadores) no determina un tribunal distinto que debe conocer del asunto o un diferente grado jurisdiccional (única primera instancia), sino conlleva un trámite previo como lo es el desafuero (art. 416 y ss CPP). Tratándose de jueces, fiscales judiciales o fiscales del Ministerio Público, se debe realizar el trámite previo de la Querrela de Capítulos, que es una autorización previa dada por la Corte de Apelaciones competente para dar lugar a una acusación penal (art. 425 y ss. CPP).

El Fuero no rige en causas de minas, juicios posesorios, de distribución de aguas, particiones y demás que determinen las leyes (art. 133 COT).

2 Competencia relativa

Las reglas de la competencia relativa determinan qué tribunal, dentro de la clase o jerarquía, debe conocer del asunto.

En materia civil la regla general es el tribunal del domicilio del demandado en los asuntos contenciosos y el domicilio del interesado o solicitante en los asuntos voluntarios.

Sin embargo, los artículos 135 y siguientes señalan un listado considerable de reglas especiales:

Pretensión respecto de un inmueble: Será juez competente el que señalen las partes en la convención y si nada se dice: el juez del lugar donde se contrajo la obligación o el juez del lugar donde se encuentre la especie reclamada, a elección del demandante. Si el inmueble está ubicado en distintos lugares que involucren la competencia territorial de dos o más jueces, será competente cualquiera de ellos (art. 135 COT).

Pretensión conjunta respecto de cosas inmuebles y muebles: será competente el juez del lugar de los inmuebles (art. 137 COT).

Pretensión respecto de cosas muebles: será juez competente el que señalen las partes en la convención y si nada se dice, el del domicilio del demandado (art. 138 COT).

Pretensión que exige el cumplimiento de obligaciones en distintos territorios competenciales: será competente el juez del lugar en que se reclame el cumplimiento de cualquiera de ellas (139 COT).

Demandado con dos o más domicilios: será juez competente el de cualquiera de los domicilios (art. 140 COT).

Dos o más demandados con domicilios diferentes que determinan diferentes territorios competenciales de la judicatura: será juez competente el juez del lugar de uno de los demandados y a ese juez quedan todos sometidos (art. 141 COT).

Demandado persona jurídica: será juez competente el del lugar donde la corporación o fundación tenga su asiento, el que se reputará su domicilio. Si tuviere distintos establecimientos o sucursales dentro del territorio del país, será juez competente el del lugar del establecimiento o sucursal que celebró el contrato o intervino en el hecho que da origen al juicio (art. 142 COT).

Interdictos posesorios; será juez competente el juez del lugar donde estuvieren situados los inmuebles y si pertenecen a distintos territorios competenciales, el juez de cualquiera de éstos (art. 143 COT).

Pretensión de distribución de aguas: será juez competente el del lugar donde se ubique el predio del demandado. Si éste está ubicado en distintos territorios competenciales, el juez de cualquiera de estos lugares (art. 144 COT).

Cuestiones voluntarias y juicios de minas: será juez competente el del lugar donde se ubique la pertenencia minera, sin perjuicio de las reglas especiales que establezca el Código de Minería, el CPC y el COT (art. 146 COT).

Pretensiones alimentarias: será juez competente el del domicilio del alimentante o alimentario, a elección de este último. Si se trata del cese o rebaja de la pensión decretada, lo será el juez del domicilio del alimentario. Asimismo, en los juicios de reclamación de filiación, podrá serlo el juez del demandado o demandante, a elección de este último (art. 147 COT).

Petición de herencia, desheredamiento y validez o nulidad de disposiciones testamentarias: será juez competente el del lugar donde se hubiese abierto la sucesión del difunto con arreglo a lo dispuesto por el artículo 955 Código Civil. Este mismo juez será competente para conocer de todas las cuestiones relativas a la apertura de la sucesión, formación de inventarios, tasación y partición de los bienes que el difunto hubiere dejado (art. 148 COT).

Posesión efectiva de herencias testamentarias de difuntos que fallecen fuera de Chile y comprende bienes situados en Chile: será juez competente el del lugar del último domicilio que el causante tuvo en Chile, o el del domicilio del solicitante si el difunto no tuvo domicilio en Chile (art. 149 COT).

Nombramiento de tutor, curador y trámites previos y posteriores a la administración de estos cargos: será juez competente el del lugar del domicilio del pupilo, aunque el tutor o curador tenga otro domicilio (art. 150 COT).

Petición de declaración de muerte presunta por desaparición y petición de posesión provisorios o definitiva de sus bienes: será juez competente el del lugar donde el desaparecido hubiere tenido su último domicilio (art. 151 COT).

Nombramiento de curador de bienes del ausente o de la herencia yacente: será juez competente el del lugar en que el ausente o difunto hubiere tenido su último domicilio (art. 152 inc. 1º COT).

Nombramiento de curador de los derechos eventuales del que está por nacer: será juez competente el del lugar donde la madre tuviere su domicilio (art. 152 inc. 2° COT).

Petición de autorización para enajenar, hipotecar o arrendar inmuebles: será juez competente el del lugar donde estuvieren ubicados los inmuebles (art. 153 COT).

Pretensiones en procedimientos concursales entre deudores y acreedores: será juez competente el del lugar donde el deudor tuviere su domicilio (art. 154 COT).

Goce del censo de transmisión forzosa: será juez competente el del lugar donde se hubiere inscrito el censo. Si éste se hubiese redimido, el del lugar donde se hubiere inscrito la redención. Si el censo no estuviere inscrito ni se hubiere redimido, el del lugar donde se hubiere declarado el derecho del último censalista (art. 155 COT).

En algunas comunas del país, es común que exista más de un juez o tribunal. ¿Qué juez o tribunal debe, en definitiva, conocer del asunto? La ley distingue a estos efectos, en materia civil, entre asuntos contenciosos en lugares asiento de Corte de Apelaciones y asuntos voluntarios así como el cumplimiento de resoluciones de otros juzgados o tribunales.

En asuntos contenciosos en lugares asiento de Corte de Apelaciones existe un sistema de distribución de causas, que no son reglas de competencia sino administrativas. A estos efectos, debe presentarse la demanda en la secretaría de la Corte de Apelaciones y la Corte procede a la distribución (art. 176 COT). Sin embargo, no será necesaria la distribución de la demanda, sino que conocerá de ella el mismo juez que, de manera previa, conoció de las medidas prejudiciales, medidas preparatorias de la vía ejecutiva, notificación al poseedor de la finca hipotecada, gestiones en un juicio ya iniciado y cumplimiento de una sentencia (art. 178 COT).

En asuntos voluntarios y en el cumplimiento de resoluciones o decretos de otros juzgados o tribunales. En estos casos, rige un turno semanal entre los distintos juzgados (art. 179 y 175 COT). Los jueces de turno deberán conocer de toda la gestión hasta su total conclusión.

Materia penal: El juez competente en materia penal es aquel del territorio en que se hubiere cometido el hecho que da motivo al juicio. El delito se considerará cometido en el lugar donde se hubiere dado comienzo a su

ejecución (art. 157 COT). Esta regla es aplicable tanto para el Juzgado de Garantía, como para el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

DÉCIMA PRIMERA PARTE

Como se ha visto precedentemente, la competencia relativa se rige por reglas que son disponibles para las partes. Así como es indisponible para las partes que un juicio de indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual sea conocido por un Juzgado de Letras, sin que pueda conocer de él ningún otro tribunal, es perfectamente posible que las partes acuerden algo distinto sobre el Juzgado de Letras dentro del país que conocerá de esa pretensión indemnizatoria. No hay nada grave en dicha convención, que pudiera alterar la especialización de los tribunales dispuesta por el legislador ni otros valores relevantes. No es posible que esa pretensión indemnizatoria, por acuerdo entre las partes, sea conocida, por ejemplo, por un Juzgado de Garantía. Pero sí es posible y lícito que las partes, no obstante tener domicilio en la ciudad de Valdivia, acuerden someterse a la competencia del Juzgado de Letras de Temuco.

Por ello, el artículo 181 COT señala que un tribunal que no es naturalmente competente para conocer de un determinado asunto, puede llegar a serlo si para ello las partes, expresa o tácitamente, convienen en prorrogarle la competencia para este negocio.

La prórroga de competencia procede solo en asuntos civiles contenciosos y, en primera instancia, ante tribunales ordinarios de igual jerarquía (art. 182 COT).

La prórroga de la competencia puede ser realizada expresa o tácitamente (art. 181 COT). Es expresa la que se realiza por las partes en el contrato mismo o en cualquier negocio jurídico, o bien en un acto posterior designan al tribunal que desean someterse. Es común que en muchos contratos y en negocios jurídicos se redacte una cláusula final donde las partes acuerdan someterse a la competencia de un determinado tribunal, que no es el naturalmente competente, atendido el domicilio de los obligados o el lugar donde se encuentran ubicados los bienes o donde deben cumplirse las obligaciones objeto del contrato o negocio.

La prórroga de la competencia se realiza tácitamente cuando: (1) El demandante interpone la demanda ante un tribunal que no es el naturalmente competente; y (2) El demandado, una vez que comparece en el juicio, hace cualquier gestión en él que no sea la de reclamar la incompetencia del juez (art. 187 COT).

La prórroga acordada entre las partes, ya sea expresa o tácitamente, es inoponible para otras personas, como fiadores o codeudores (art. 185 COT).

DÉCIMA SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO PRIMERO**LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA**

Una vez aplicadas las reglas sobre competencia absoluta y relativa, puede ser que exista un error en ello y se considere que el tribunal que está conociendo de un asunto no sea el competente de conformidad con la ley. Ello obedece, en algunos casos, debido a la complejidad del asunto sometido al conocimiento del tribunal, donde figuren muchas personas, algunas con Fuero, o bien donde el objeto del juicio sea muy complejo.

Si una de las partes reclama sobre esta situación, surge una cuestión de competencia. Y si dos tribunales se atribuyen competencia para conocer de un asunto surge una contienda de competencia.

Las contiendas de competencia que trataremos acá deben diferenciarse de las que se dan entre tribunales de justicia y autoridades políticas o administrativas, de las que conoce el Tribunal Constitucional (art. 93 n° 12 CPR) o bien el Senado si se trata de Tribunales Superiores de Justicia (art. 53 n° 3 CPR).

I Tramitación de la cuestiones de competencia: Inhibitoria y declinatoria

Las partes pueden reclamar sobre la falta de competencia del tribunal a través de dos vías: Por inhibitoria y por declinatoria.

Plantear la cuestión de competencia por inhibitoria significa que la parte lo intenta ante el tribunal que se cree competente, para que se dirija al tribunal que está conociendo del asunto. Si el tribunal accede a la solicitud de inhibitoria, dirigirá una comunicación al tribunal que está conociendo para que remita los autos. El tribunal requerido, desde luego, puede negar la solicitud y, en ese caso, se produce una contienda de competencia que debe resolver el tribunal competente.

La resolución del tribunal requirente que no da lugar a pedir la inhibición, y la del tribunal requerido accediendo a la inhibición, son apelables. Por lo tanto, la resolución del tribunal requerido que niega lugar a la solicitud no es apelable.

El recurso de apelación lo conocerá la Corte que sea competente para conocer de la contienda de competencia, pero si los tribunales dependen de diversos superiores, iguales en jerarquía, conocerá de la apelación el superior del tribunal que haya dictado la sentencia apelada.

Plantear la cuestión de competencia por declinatoria significa plantear la cuestión de falta de competencia ante el tribunal que se cree incompetente para conocer del negocio que le ha sido sometido, indicándole a su vez cuál es el tribunal que se cree competente y pidiéndole se abstenga de dicho conocimiento. La forma de plantear y resolver esta cuestión de competencia es a través de la interposición de una excepción dilatoria o bien como incidente de previo y especial pronunciamiento en cualquier estado del procedimiento. En la primera hipótesis, se puede discutir tanto la incompetencia absoluta, como la relativa. En la segunda hipótesis, solo la absoluta, pues si se alega después de haber realizado cualquier tipo de alegación o gestión que no sea alegar la incompetencia, se habrá prorrogado tácitamente la competencia para el tribunal que esté conociendo del asunto.

Presentada la declinatoria, se suspenderá el curso de la causa principal pero el tribunal que está conociendo del asunto podrá despachar aquellas resoluciones judiciales que sean urgentes.

La resolución que se pronuncia sobre la solicitud de incompetencia es apelable ante la Corte de Apelaciones respectiva. Si se apela de la resolución que rechaza la declinatoria, la apelación se concede solo en el efecto devolutivo, por lo que la causa sigue conociéndose ante el tribunal que la libró. Si la resolución del tribunal acepta la declinatoria, la apelación se concede en ambos efectos, suspendiéndose la tramitación de la causa ante el tribunal que la dictó (artículos 101 y ss CPC).

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS CONTIENDAS DE COMPETENCIA

Lo que resuelva el tribunal sobre la contienda de competencia es inapelable (art. 192 COT).

Cuando dos o más tribunales disputan sobre quién tiene la competencia para conocer de un determinado negocio o asunto, un tercer tribunal debe intervenir para zanjar conforme a derecho la cuestión. Para determinar cuál es el tribunal que debe resolver la contienda de competencia hay que distinguir distintas situaciones: tribunales que tienen un superior común; tribunales de distinta jerarquía y tribunales que dependen de diversos superiores iguales en jerarquía. Luego están las contiendas de competencia entre tribunales especiales o bien entre estos y los tribunales ordinarios.

Si los tribunales tienen un superior común, este tribunal debe resolver la contienda (art. 190 COT).

Si se trata de tribunales de distinta jerarquía, debe resolver la contienda el superior jerárquico del tribunal de mayor jerarquía (art. 190 inc. 2° COT).
Ejemplo: Contienda de competencia entre un juez de Garantía de Santiago y la Corte de Apelaciones de Santiago; resuelve la contienda la Corte Suprema.

Si se trata de tribunales que dependen de diversos superiores pero iguales en jerarquía, resuelve el superior jerárquico de aquel tribunal que hubiere prevenido en el conocimiento del asunto (art. 190 inc. 3° COT). El superior del tribunal que primero hubiere conocido del asunto conoce de la contienda.
Ejemplo: contienda de competencia entre el Juzgado de Letras de Valdivia que conoce de una demanda civil y el Juzgado de Letras de Puerto Montt ante cual se presenta una solicitud de inhibitoria y es rechazada por él. Resuelve la contienda la Corte de Apelaciones de Valdivia, aunque el Juzgado de Puerto Montt tenga como superior jerárquico a la Corte de Puerto Montt.

Estas mismas reglas se aplican respecto de contiendas entre tribunales arbitrales o entre estos y los tribunales ordinarios (art. 190 inc. final COT).

Cuando se trata de contiendas de competencia entre tribunales especiales o entre estos y tribunales ordinarios que dependen de una misma Corte de Apelaciones, resuelve la contienda dicha Corte. Si dependieren de diversas Cortes de Apelaciones, resuelve la contienda aquella que sea superior jerárquico del tribunal que hubiere prevenido en el conocimiento del asunto.
Si no son aplicables ninguna de estas reglas, o se trata de otras situaciones, resuelve la Corte Suprema (art. 191 COT).

DÉCIMA TERCERA PARTE

CAPÍTULO PRIMERO

IMPLICANCIAS Y RECUSACIONES

Las implicancias y recusaciones son tipos de inhabilidades que afectan a los jueces, las que se encuentran tipificadas en la ley y que, una vez declaradas, hacen que un juez pueda perder su competencia para conocer de un determinado negocio o asunto. Se aplican en términos generales a los jueces, abogados integrantes y Auxiliares de la Administración de Justicia.

Estas inhabilidades tienen íntima conexión con el derecho fundamental de las personas a contar con un tribunal independiente e imparcial y con el principio de independencia judicial, propios de la organización judicial en un Estado de Derecho.

Las implicancias constituyen hipótesis de la mayor gravedad y deben ser declaradas de oficio por el tribunal, de modo tal que si no lo hacen, los jueces o ministros que conforman el tribunal incurrir en delito. También pueden ser declaradas a petición de parte. Las recusaciones constituyen hipótesis de pérdida de competencia por causales menos graves que las implicancias y, por regla general, no deben ser declaradas de oficio por el o los jueces o ministros.

Respecto de las implicancias, ellas son irrenunciables y no hay plazo para hacerlas valer. Al contrario, las recusaciones deben ser interpuestas dentro de determinado plazo y si no se hace así se entienden renunciadas.

I Análisis de las hipótesis legales de inhabilidad

Se discute en algunos ordenamientos si las causas o los mecanismos para apartar a un juez de una causa por considerarse que no es imparcial, son las que reconoce el legislador a través de los mecanismos de abstención o implicancias y la recusación (arts. 195 y 196 COT), o bien podemos ir más allá de lo que haya dispuesto expresamente el legislador. Si se sostiene que estas causales sólo son las dispuestas por el legislador, mantenemos el asunto en un plano de pura legalidad y no de constitucionalidad. Sin embargo, en países como España se ha sostenido que aun cuando se opte por una tesis tasada por el legislador de estas causales, es decir, la falta de imparcialidad es la que disponga expresamente el legislador, el Tribunal Constitucional igualmente podría controlarlas.

Un sector de la doctrina española critica seriamente la concepción de las causas legales de la imparcialidad, pues equivaldría a sostener que lo que sea el contenido concreto del derecho fundamental al juez imparcial lo determina a su antojo el legislador. Y esto se ve especialmente agravado en países como España y Chile, pues en ellos las implicancias y recusaciones son situaciones que se han conformado legislativamente durante el siglo XIX, no poniéndose atención en que el contexto presente en el que se desenvuelve la función judicial ha cambiado sustancialmente.

Si miramos la situación de nuestro derecho patrio, surgen dudas si los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales contemplan dentro de las causales de implicancia y recusación situaciones que son de mayor ocurrencia en la sociedad contemporánea caracterizada por un mayor pluralismo ético, ideológico y político. ¿Qué sucedería si las partes consideran causa de parcialidad el que un juez forme parte de una determinada organización religiosa?, ¿qué pasaría si el juez ha manifestado en la causa comentarios sexistas o racistas?, ¿qué pasa si el juez ha manifestado de cualquier modo una cierta inclinación política?

El único precepto de nuestro Código Orgánico de Tribunales que podría dar relativa cabida a situaciones como las acá planteadas es el artículo 196 n° 15, que establece como causa de recusación: "Tener el juez con alguna de las partes enemistad, odio o resentimiento que haga presumir que no se halla revestido de la debida imparcialidad". Es evidente que no hay referencias expresas a cuestiones como las acá planteadas. ¿Qué hacer en estos casos? Las alternativas son dos: o se hace una interpretación extensiva del numeral 15, asumiendo, de esta manera, la causal una función de "cajón de sastre", donde entrarían las cuestiones de parcialidad como las expuestas acá, o bien debe entenderse que los jueces están facultados para considerar otras causales de parcialidad fuera de los casos previstos por la ley.

Es probable que esta última propuesta no pueda ser invocada cuando se plantee un incidente referido a implicancias o recusaciones. El artículo 113 del Código de Procedimiento Civil es bastante claro a este respecto: "Sólo podrá inhabilitarse a los jueces y a los auxiliares de la Administración de Justicia para que intervengan en un negocio determinado, en los casos y por las causas de implicancia o recusación que señala el Código Orgánico de Tribunales". Y esa parece ser la regla en todo tipo de procedimientos.

Sin embargo, la situación es distinta en los casos cuando se pide la nulidad de un juicio y la sentencia por afectar el debido proceso, como ocurre hoy en

día en materia procesal penal y laboral. Si tomamos la experiencia procesal penal, la Corte Suprema podría declarar nulos un juicio y la sentencia penal por considerar que el juez de garantía o el tribunal de juicio oral en lo penal han tenido conductas que no se avienen con el derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial que la Constitución y los tratados internacionales reconocen al condenado por delito. Esa declaración de nulidad, por aplicación del artículo 373 a) CPP, no tiene por qué estar sujeta a las causas de impugnación y recusación que haya dispuesto el Código Orgánico de Tribunales en sus artículos 195 y 196. La Corte Suprema estaría sujeta a la Constitución y a los Tratados Internacionales en esta materia, pues así lo ha querido el legislador procesal penal. Podría así estimar la Corte Suprema que el juez de garantía o el tribunal de juicio oral en lo penal han tenido, por ejemplo, actitudes sexistas o racistas contra el condenado, situación que afectaría a su imparcialidad para fallar el asunto, aunque tales causales no están expresamente previstas en la ley orgánica de tribunales.

El problema radicaría entonces en las causales legales para pedir durante un procedimiento judicial en curso la inhabilidad de un juez, las que al día de hoy sólo son las de los artículos 195 y 196 COT. Desde un punto de vista de *lege ferenda*, se hace recomendable que el legislador amplíe las causas de inhabilidad de los jueces, contempladas en los artículos 195 y 196 del COT, lo que podría significar adoptar dos caminos diversos. Una primera posibilidad pasa por reconocer expresas causales como las referidas a los tópicos precedente señalados (prejuicios religiosos, raciales, sexistas, etc.). Otra posibilidad es la introducción de causales más elásticas al estilo de la "remisión del proceso por legítima sospecha" del artículo 45 CPP italiano, que podría afectar al órgano judicial en su conjunto y no al juez individualmente, considerado, lo que en la jurisprudencia de la casación italiana se ha interpretado restrictivamente, configurable sólo cuando se está en presencia de una grave y objetiva situación local, entendida como fenómeno externo a la dialéctica procesal, capaz de constituir un peligro concreto para la imparcialidad del juez¹¹.

Otro camino es la recusación por motivo serio y grave capaz de generar desconfianza sobre la imparcialidad del juez que regula el artículo 43.1 del Código de Proceso Penal portugués. Parece ser esta una alternativa que combina adecuadamente tipicidad de la figura pero acompañada de flexibilidad para adaptarse a los cambios culturales y para entregar siempre a los justiciables la posibilidad de apartar a un juzgador del que se sospeche parcialidad.

Independientemente, de la solución a que se arribe en esta materia, hoy en día, son los artículos 195 y 196 COT los que establecen las causales que inhabilitan a un juez para conocer de asunto, haciéndole perder su competencia. El primer precepto establece las causas de impugnación y el segundo, de recusación.

Los referidos artículos legales establecen las causas que inhabilitan a un juez atendiendo a: (1) Tener un interés en la causa; (2) Tener parentesco con alguna de las partes de la causa; (3) Tener algún cargo o posición con respecto a alguna de las partes de la causa; (4) Haber prejuzgado en la causa; y (5) Tener relaciones o situaciones personales con las partes de la causa.

II Tramitación de las impugnaciones y recusaciones

Las impugnaciones de jueces unipersonales son declaradas por él mismo (art. 202 COT). Si se trata de tribunales colegiados conocerá el propio tribunal con exclusión del miembro o miembros de cuya impugnación se trata (art. 203 COT).

Las recusaciones son declaradas, por general, por el superior jerárquico, con dos excepciones: Respecto de ministros de la Corte Suprema, conoce la Corte de Apelaciones de Santiago. De la recusación de un juez árbitro, conocerá el juez ordinario del lugar donde se sigue el juicio (art. 204 COT).

El juez que se considere afecto a una causal de impugnación debe hacerlo constar en el proceso, declarándose inhabilitado o pidiendo al tribunal del que forma parte que la declare (art. 199 COT). Ello no impide que las partes puedan solicitar esta declaración, sin que exista plazo para ello.

El juez que considere que lo afecta una causal de recusación, debe declararlo en el proceso. Si no lo hace el juez, la parte puede recusar al juez en la oportunidad que establece la ley (art. 114 CPC). Tratándose de un tribunal colegiado debe dejar constancia en el proceso que lo afecta una causal de recusación, pero debe esperar que la parte promueva el respectivo incidente en la oportunidad definida por la ley.

Existe la denominada recusación amistosa. Esta consiste que en vez de recurrir al tribunal que corresponde declarar la recusación, la parte puede dirigirse al propio juez o tribunal del que forma parte, exponiéndole la causal que se dice existir a su respecto para que la declare sin más trámite. Si no

11 · Sentencia de las secciones unidas penales de la Corte de Casación italiana de fecha 27 de enero de 2003.

accede de ese modo, se podrá presentar ante el tribunal correspondiente (art. 124 CPC).

Por regla general, las resoluciones que se dicten en materias de implicancias y recusaciones son inapelables. Excepcionalmente, se puede apelar el rechazo que hace el juez unipersonal de la solicitud de implicancia formulada en su contra, o en caso que acepte la recusación amistosa, o bien cuando de oficio se declara inhabilitado por alguna causal de recusación (art. 205 COT).

CAPÍTULO SEGUNDO

SUBROGACIÓN E INTEGRACIÓN

Una vez que se declara la inhabilidad de un juez se debe proceder a subrogarlo o a integrar el tribunal colegiado del que forma parte el juez. Esta subrogación e integración también se aplica en todos aquellos casos en los que el juez o jueces se encuentren impedidos de ejercer sus funciones.

I Subrogación

Es el reemplazo que se efectúa de conformidad con la ley de un juez o de todo el tribunal que ha sido inhabilitado para ejercer su ministerio.

En estos casos, quien reemplaza al juez en sus funciones es el secretario del tribunal, en la medida que este sea abogado (art. 211 COT). Si el secretario no es abogado, rigen reglas especiales.

Si en la comuna o agrupación de comunas solo existe un juez de letras, será reemplazado por el defensor público o el más antiguo, si existe más de uno. Si por causa legal el defensor público no pudiera asumir la función por estar inhabilitado, asumirá la función un abogado de la terna que anualmente debe formar la Corte de Apelaciones. Si todo ello no fuere posible, subrogará el secretario abogado del territorio competencial más inmediato, es decir, aquel con cuya ciudad cabecera sean más fáciles y rápidas las comunicaciones, aunque dependan de Cortes de Apelaciones distintas. Si no puede el secretario abogado, subrogará el juez de dicho tribunal, pudiendo, el uno o el otro, constituirse en el juzgado que se subroga (art. 213 COT).

Si en la comuna o agrupación de comunas existen dos jueces de letras, el juez inhabilitado será subrogado por el secretario abogado del otro juzgado y, a falta de este, por el juez de ese tribunal. (art. 212 inc. 1° COT). Y si ello no fuere posible, se procede según el orden de prelación expuesto para el caso en que en la comuna o comunas exista solo un juez (art. 212 inc. 2° COT).

Si en la comuna o agrupación de comunas existen tres o más jueces de letras, la subrogación corresponderá a los otros del mismo territorio competencial, conforme a lo señalado precedentemente. Si ello no fuere posible, subrogará el

secretario que sea abogado y a falta de este por el juez del otro territorio según el turno existente (art. 212 inc. 3° COT).

Los jueces de los tribunales orales en lo penal tienen otras reglas de subrogación, según lo prescriben los artículos 76 inciso final y 281 inciso quinto del CPP.

II Integración

La integración es el reemplazo que se produce de conformidad a la ley de un ministro de Corte que ha sido inhabilitado o se encuentre impedido de formar parte del tribunal y se requiere su reemplazo para formar quórum de funcionamiento de este.

Tratándose de Cortes de Apelaciones, los ministros impedidos serán reemplazados por los miembros no inhabilitados del mismo tribunal, por sus fiscales judiciales o por los abogados integrantes que se designan anualmente con este objeto (art. 215 inc. 1° COT). Si una sala de una Corte de Apelaciones queda inhabilitada por completo, se difiere el conocimiento del asunto a otra sala y si la inhabilitación afecta a toda la Corte de Apelaciones, se difiere el conocimiento a la Corte de Apelaciones que corresponda de conformidad con la ley. El artículo 216 COT establece un sistema de subrogación entre las distintas Cortes de Apelaciones del país. Así, a modo de ejemplo, la Corte de Apelaciones de Temuco es subrogada por la de Valdivia, recíprocamente.

Tratándose de la Corte Suprema, esta será integrada por los miembros no inhabilitados, por el fiscal judicial de esa misma Corte o por los abogados integrantes. Si la Corte Suprema no puede funcionar por inhabilitación de la mayoría o de la totalidad de sus miembros, será integrada por ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, según el orden de antigüedad (art. 217 COT).

BIBLIOGRAFÍA

- Aldunate, Eduardo, 1995, "La independencia judicial. Aproximación teórica, consagración constitucional y crítica, en *Revista de Derecho*, Vol XVI, Valparaíso.
- Alessandri, Arturo, 1943, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago.
- Andrés Ibáñez, Perfecto, 1999, "Poder judicial y juez en el Estado constitucional de Derecho. El sistema del Consejo, en *La experiencia Jurisdiccional: Del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho*", Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- Atria, Fernando, 2007, "La improbabilidad de la jurisdicción", en *La judicatura como organización, Expansiva*, Instituto de Estudios Judiciales, Santiago.
- Aylwin, Patricio, 1944, *El juicio arbitral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Barrios de Angelis, Dante, 1983, *Introducción al estudio del proceso*, Depalma, Buenos Aires.
- Bordalí, Andrés y Hunter, Iván, 2013, "Juicios orales en Chile", en *Juicios orales. La reforma judicial en Iberoamérica. Homenaje al maestro Cipriano Gómez Lara*, Ferrer Mac - Gregor, E. / Saíd, A. (editores), UNAM, México D.F.
- Calamandrei, Piero, 1938, "Abolizione del processo civile", en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol XV-Parte I, Pádova.
- Calamandrei, Piero, 1954, *Processo e democrazia*, Cedam, Pádova.
- Carnelutti, Francesco, 1951, *Teoria generale del diritto*, Roma.
- Carnelutti, Francesco, 1971, *Derecho y proceso*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.
- Casarino, Mario, 2000, *Manual de Derecho Procesal*, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición, Santiago.
- Cea, José Luis, 2000, *Teoría del gobierno. Derecho chileno y comparado*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.

- Chiovenda, Giuseppe, 1930, *Saggi di Diritto Processuale Civile* (1900-1930), Vol I, Il Foro Italiano, Roma.
- Chiovenda, Giuseppe, 1977, *Principios de Derecho Procesal Civil*, I, Reus, Madrid.
- Colombo, Juan, 2004, *La competencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Damaska, Mirjan, 1991, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bolonia.
- De Otto, Ignacio, 1989, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- Diez Schwerter, José Luis, 1997, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Duguit, León, 2005, *Manual de Derecho Constitucional*, Comares, Granada.
- Errázuriz, Juan Manuel y Otero, Jorge Miguel, 1989, *Aspectos procesales del Recurso de Protección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Figueroa, Juan Agustín y Morgado, Erika, 2013, *Jurisdicción, competencia y disposiciones comunes a todo procedimiento*, Thomson Reuters, Santiago.
- Giuliani, Alessandro y Picardi, Nicola, 1995, *La responsabilità del giudice*, Giuffré, Milán.
- Gozaíni, Osvaldo, 1999, *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Editorial Belgrano, Buenos Aires.
- Guasp, Jaime, 1985, *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid.
- Horvitz, María Inés, 2007, "Independencia de los jueces y estructura judicial", en *La judicatura como organización, Expansiva*, Instituto de Estudios Judiciales, Santiago.
- Kelsen, Hans, 2002, *Giurisdizione e amministrazione*, Geraci, Carmelo (editor), *Il primato del Parlamento*, Giuffré, Milán.
- Laferrière, Édouard, 1989, *Traité de la jurisdiction administrative et de recours contentieux I*, edición facsimilar del original de 1887, LGDJ, París.

- Lira, José Bernardo, 1895, *Prontuario de los juicios*, Librería de Mariano Servat, Santiago.
- Mandrioli, Crisanto, 2000, *Corso di diritto processuale civile*, I, *Nozione introduttive e disposizioni generali*, Giappichelli, Turín.
- Montesquieu, 1845, *El Espíritu de las Leyes*, Biblioteca Auxiliar del juriconsulto y Publicista, Madrid.
- Mortara, Lodovico, 1992, *Lo Stato moderno e la giustizia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles.
- Ortells, Manuel, 2007, *Derecho Procesal Civil*, Thomson Aranzadi, Pamplona.
- Pedraz, Ernesto, 1990, *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, Madrid.
- Pedraz, Ernesto, 2000, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, *Principios de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid.
- Pereira, Hugo, 1996, *Curso de Derecho Procesal. Derecho Procesal Orgánico*, Conosur, Santiago.
- Rebuffa, Giorgio, 1993, *La funzione giudiziaria*, Giappichelli, Turín.
- Schmitt, Carl, 1992, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid.
- Taruffo, Michele, 1996, "La justicia civil: opción residual o alternativa posible?", en Andrés Ibáñez, Perfecto (editor), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, Trotta, Madrid.
- Troper, Michel, 2005, *La separazione dei poteri e la storia costituzionale francese*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles.
- Vargas, Juan Enrique, 2007, "Alternativas para estructurar el gobierno judicial respetando la independencia de los jueces", en *La judicatura como organización, Expansiva*, Instituto de Estudios Judiciales, Santiago.
- Zúñiga, Francisco, 1997, "Recurso de protección y contencioso administrativo", en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, n° 202, año LXV, julio-diciembre, Concepción.

