

LA IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL EN EL PROCESO PENAL: BALANCE CRÍTICO

THE COURT'S FAIRNESS IN THE CRIMINAL PROCEDURE: CRITICAL BALANCE

MARÍA INÉS HORVITZ LENNON*

Al inolvidable maestro Julio B. Maier

RESUMEN: El propósito de este trabajo es presentar la jurisprudencia internacional tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho al tribunal imparcial para su análisis en el ámbito de la jurisdicción penal como, asimismo, examinar si el sistema legal y la jurisprudencia nacional satisfacen o no los estándares que parecen consolidados en la materia. Asimismo, se hará una revisión crítica de la jurisdicción militar tanto desde el punto de vista de los derechos del imputado como de la víctima.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to present the international human rights jurisprudence, both of the European Court of Human Rights and of the Inter-american Court of Human Rights on the right to a fair court for its analysis in the field of criminal jurisdiction as well as examine whether or not the national legal system and the jurisprudence meet the standards that seem consolidated in this area. Moreover, a critical review of the military jurisdiction will be made, both from the point of view of the rights of the accused and the victim.

PALABRAS CLAVE: Imparcialidad del tribunal, dimensión objetiva y subjetiva, mecanismos procesales de impugnación, jurisdicción militar, tutela judicial efectiva.

KEYWORDS: Court's fairness, objective and subjective dimension, procedural remedies, military jurisdiction, effective judicial protection.

I. INTRODUCCIÓN

A propósito de la pena de multa, y criticando la voracidad del Estado recaudador del siglo XVIII, BECCARIA escribe el siguiente pasaje en su cele-

* Doctora en Derecho Universidad Autónoma de Barcelona (España). Diplomada superior en Criminología, Universidad Central de Barcelona (España). Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile (Chile). Profesora asociada del Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Correo electrónico: ines.horvitz@gmail.com.

bérrima obra *Dei delitti e delle pene*: “[E]l juez era más un abogado del fisco que un indiferente indagador de la verdad, un agente del erario fiscal más que protector y ministro de las leyes”¹. Y más adelante agrega: “[e]l juez se hace enemigo del reo [...] no busca la verdad del hecho, busca solo el delito”; no hay una “indagación indiferente del hecho” como ocurre en un “verdadero proceso informativo”, sino uno “ofensivo” en contra del inculpado².

No existe un registro más elocuente del significado de ausencia de imparcialidad del tribunal para cualquier ciudadano imputado de la perpetración de un delito. Han pasado siglos desde el reclamo del marqués de Bonesana y la exigencia de un tribunal imparcial continúa siendo un problema actual con tareas pendientes en distintos ordenamientos jurídicos, entre ellos, el nuestro. En efecto, aunque ya van dos décadas desde que se modificó radicalmente el sistema procesal penal común, pasando de un modelo profundamente autoritario y poco respetuoso con las garantías del debido proceso a otro que incorpora en su estructura la forma de un proceso cognoscitivo y garantista, todavía tienen lugar comportamientos arraigados en la cultura judicial que resultan incompatibles con la idea de un tribunal imparcial.

Los tribunales internacionales de derechos humanos han ido uniformando el alcance y contenido de los derechos que consagran los tratados respectivos y que constituyen fuente de obligaciones para el respectivo Estado miembro. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) constituye una guía imprescindible a la hora de precisar los contornos del derecho a un tribunal imparcial, pues otros tribunales regionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) siguen por regla general sus lineamientos. Por ello, comenzaremos con el examen de algunas de las sentencias más relevantes del TEDH para, enseguida, referirnos a los casos en que la CIDH se ha pronunciado sobre la materia haciendo especial referencia a las sentencias dictadas contra el Estado de Chile. Así, por ejemplo, se relevará el papel que ha jugado la CIDH en la reforma de la jurisdicción militar que, hasta 2010, tenía competencia en determinadas circunstancias para juzgar a civiles como también a militares que hubieran cometido ciertos delitos comunes contra civiles, no obstante que respecto de los imputados civiles no se cumpliera el derecho al juez na-

¹ BECCARIA (1774), cap. XVII.

² Ídem.

tural, independiente e imparcial y, en el caso de víctimas civiles, no estuviera garantizada la tutela judicial efectiva³. A pesar del innegable avance operado en el ordenamiento jurídico nacional con la dictación de la Ley N° 20.477 que restringió la competencia de los tribunales militares en relación a los civiles y menores de edad⁴, aún queda pendiente la interrogante acerca de la posible justificación en un Estado de derecho democrático de la pervivencia de una jurisdicción especial que no satisface estándar alguno en cuanto a los requisitos generalmente exigidos a cualquier organización judicial y que aplica una legislación que va más allá de la protección de bienes jurídicos referidos al orden estrictamente militar⁵.

También se hará referencia a la relación que la CIDH ha efectuado entre el derecho al tribunal imparcial y el principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, proponiendo que la vulneración de estos últimos englobaría la afectación del primero, aunque en algún caso esto no ha sido tan claro. Por último, se examinará otro fallo de la CIDH en el que la imparcialidad del tribunal aparece como una exigencia para asegurar el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva y, por consiguiente, que se trata de una garantía orgánica que corresponde no solo al imputado sino también a la víctima. Como veremos, esta cuestión plantea la interrogante acerca de si los fiscales del Ministerio Público o los querellantes que representan intereses públicos podrían invocar la infracción del derecho a un tribunal imparcial más allá de las restricciones que la regulación legal establece tanto para inhabilitar a los jueces como para impugnar las resoluciones judiciales viciadas por prejuicios o animosidad.

De allí que parezca fundamental examinar aquellos dispositivos de la regulación legal—con incidencia en la cuestión penal— que favorecen o entorpecen la garantía a un tribunal imparcial. El punto de partida será la conocida distinción objetivo-subjetiva de imparcialidad efectuada por primera vez hace décadas por el TEDH a partir de la cual se han elaborado los estándares respectivos, aunque —como se observará— la delimitación no siempre es

³ Sobre la jurisdicción militar en Chile hasta 2010, *vid.* MERA (1998), pp. 15 y ss.; del mismo (2008), pp. 205 y ss.

⁴ En el artículo 1°, inciso 1°, dispone: “En ningún caso, los civiles y los menores de edad, que revistan la calidad de víctimas o de imputados, estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal”.

⁵ Cfr. HORVITZ (1998), pp. 79 y ss.

nítida. Al mismo tiempo se efectuará un repaso de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre recurso de nulidad en la que se ha invocado la causal de la letra a) del artículo 373 del Código Procesal Penal, a fin de verificar la doctrina que el máximo tribunal ha ido asentando sobre la materia. Una atención especial se brindará a la jurisdicción militar y el derecho a la tutela judicial efectiva por la icónica falta de independencia e imparcialidad de los órganos que la componen.

II. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO A UN TRIBUNAL IMPARCIAL

1. *Independencia e imparcialidad*

Conforme al artículo 6 §1, párrafo primero, de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), “[t]oda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella [...]”.

Para decidir si un órgano debe ser considerado un “tribunal” y, por consiguiente, si los derechos del Convenio han sido vulnerados el TEDH ha señalado que “*debe con frecuencia mirarse más allá de las apariencias y el lenguaje utilizado, y centrarse en la realidad de la situación*”⁶. Así, satisface el concepto de “tribunal” en el sentido del artículo 6 § 1 de la CEDH, por ejemplo, el jurado⁷. En sentido material, un “tribunal” se caracteriza por su función jurisdiccional, esto es, ha de resolver toda cuestión que sea de su competencia en base a normas jurídicas, con plena jurisdicción y tras un procedimiento organizado⁸. Al mismo tiempo, es inherente al concepto la facultad para emitir un fallo obligatorio que no pueda ser modificado por una autoridad no judicial en detrimento de una parte⁹. En tal sentido, ór-

⁶ Sentencia *Bentham c. Holanda*, de 23 de octubre de 1985, párrafo 40.

⁷ Sentencia *Holm c. Suecia*, de 25 de noviembre de 1993, párrafo 30; también, sentencia *Ekeberg y otros c. Noruega*, de 31 de octubre de 2007, párrafo 31.

⁸ Sentencia *Sramek c. Austria*, de 22 de octubre de 1984, párrafo 36; *Chipre c. Turquía*, de 10 de mayo de 2001, párrafo 233.

⁹ Sentencia *Van de Hurk c. Países Bajos*, de 19 de abril de 1994, párrafo 45.

ganos administrativos serán verdaderos “tribunales” cuando ostenten poder para anular decisiones administrativas referidas a cuestiones de hecho y de derecho¹⁰. Para el TEDH, uno de los elementos fundamentales del Estado de derecho es el principio de la seguridad de las relaciones jurídicas, que pretende, entre otros, que la solución que dan los tribunales de forma definitiva a los litigios no pueda cuestionarse¹¹.

Para el TEDH, la independencia y la imparcialidad constituyen elementos esenciales para que un órgano que ejerce jurisdicción pueda ser designado un tribunal¹²⁻¹³. En efecto, como sea que se le denomine, si carece de esas y otras cualidades –como la de estar establecido con anterioridad por la ley y ser competente¹⁴– tal órgano no puede ser considerado un tribunal¹⁵. En general, ambos atributos –independencia e imparcialidad– suelen ser invocados de manera conjunta, por lo que existe cierta dificultad en su distinción conceptual¹⁶. La independencia judicial está referida a la autonomía de los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional, la que se denomina *externa*¹⁷ cuando se trata de la preservación de su ejercicio libre de interferencias por parte de otros poderes públicos y así hacer efectiva la doctrina de la separación de poderes que constituye la base del Estado democrático de derecho, e *interna*¹⁸ cuando la ausencia de interferencias se asegura respecto de otros miembros de la organización judicial¹⁹. Por su lado, la imparcialidad atiende *a las partes del proceso*, a la neutralidad del juez

¹⁰ Sentencia *Gradingner c. Austria*, de 23 de octubre de 1995, párrafos 42 y 43.

¹¹ Sentencia *Brum rescu c. Rumanía*, de 28 de octubre de 1999, párrafo 61.

¹² MEDINA (2005), pp. 293 y ss.

¹³ Sentencia *Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica*, de 23 de junio de 1981, párrafo 55; *Chipre c. Turquía*, de 10 de mayo de 2001, párrafo 233.

¹⁴ MEDINA (2005), pp. 294 y ss.

¹⁵ En Chile esta temática ha sido especialmente abordada en relación a la jurisdicción militar; cfr. HORVITZ (1998), pp. 132 y ss.

¹⁶ Sentencia *Kleyn y otros c. Países Bajos*, de 6 de mayo de 2003, párrafo 192; *vid.*, también, MEDINA (2005), pp. 300-301.

¹⁷ Cfr. sentencias *Beaumartin c. Francia*, de 24 de noviembre de 1994, párrafo 38, *Sramek c. Austria*, de 22 de octubre de 1984, párrafo 42; *Sovtransavto Holding c. Ucrania*, de 24 de marzo de 2004, párrafo 80.

¹⁸ Cfr. SQUELLA (2007), pp. 9 y ss.; ATRIA (2007), pp. 33 y ss.; HORVITZ (2007), pp. 125 y ss.

¹⁹ En general, *vid.* BINDER y OBANDO (2004), pp. 207 y ss.

respecto de los intereses que ellas persiguen en la instancia jurisdiccional. En otro lugar hemos referido y desarrollado los problemas que presenta la organización judicial nacional que afectan estructuralmente la independencia interna de los jueces²⁰. Estos problemas, en nuestra opinión, son aptos para afectar su imparcialidad.

En efecto, un juez que no está libre de presiones externas o internas tendrá dificultad para resolver lo que en derecho corresponde a cada uno con estricta sujeción a la ley y será altamente probable que privilegie el interés de aquella parte que sea funcional a los objetivos que él mismo persigue. En este sentido, lo problemático no es el contenido de esas finalidades, sino el hecho de que ellas sean ajenas a dar a cada uno lo suyo en sentido jurídico²¹. Desde esta perspectiva, la imparcialidad presupone algún grado relevante de independencia judicial, pues sin ella el juez solo podrá ser neutral y objetivo cuando los intereses de las partes no interfieran en el logro de esas finalidades externas a la resolución del caso conforme a derecho. Es más, el concepto de independencia judicial atiende a todos aquellos resguardos institucionales que buscan inmunizar al juez concreto, no para darle una situación de privilegio frente a otros poderes del Estado o pares dentro de la estructura organizacional, sino precisamente para asegurar su neutralidad y distancia de las partes y otros interesados en la resolución de los casos sometidos a su conocimiento²². El único sentido legítimo en que se justifica la existencia de un poder judicial en un Estado democrático de derecho es maximizar la capacidad del juez de atender al caso y resolverlo aplicando adecuadamente la ley. De allí que una tarea fundamental de la organización judicial deba consistir en impedir o desincentivar que los jueces desarrollen finalidades propias u orientadas a sus intereses personales, gremiales o políticos, entre otros²³. Sin embargo, la independencia de los jueces se ve altamente comprometida con la existencia de mecanismos institucionales de disciplinamiento interno como la carrera judicial, que insta a los jueces “inferiores” a someterse a las reglas de los jueces “superiores” si tienen la aspiración (legítima) de llegar a la cúspide de la jerarquía. Es así que los nombramientos, ascensos,

²⁰ HORVITZ (2007), pp. 127 y ss.

²¹ ATRIA (2007) pp. 35 y ss.

²² HORVITZ (2007), p. 130.

²³ Sobre los problemas que presenta la organización judicial en Latinoamérica, cfr. HORVITZ (2005), pp. 33 y ss.

traslados, calificaciones, el régimen disciplinario sin un debido proceso, las “instrucciones” o “llamados de atención” contenidas en resoluciones dictadas por los superiores son fórmulas inequívocas de control administrativo en el desempeño de la actividad jurisdiccional²⁴. Cualquier desviación de las reglas o rutinas admitidas puede ser entendida como un acto de insumisión, soberbia o rebeldía. De allí que la forma que adopte la organización judicial constituye un primer y relevante condicionamiento para evaluar la capacidad (asegurada institucionalmente) de los jueces individuales de ser imparciales a la hora de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento²⁵.

2. La imparcialidad del tribunal

El 1 de octubre de 1982, el TEDH emitió pronunciamiento en el denominado caso *Piersack c. Bélgica* declarando infringido el derecho al tribunal imparcial asegurado en el artículo 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)²⁶. Los hechos del caso eran los siguientes²⁷: Piersack, ciudadano belga, fue condenado por un delito de asesinato a dieciocho años de trabajos forzados por la Audiencia (Cour d’Assises) de Brabant. El veredicto de culpabilidad fue pronunciado por un jurado que al ser de siete votos contra cinco y de acuerdo con la legislación belga vigente requería que el presidente y los dos magistrados que formaban parte de la Audiencia se pronunciaran sobre aquel, quienes coincidieron con la mayoría del jurado²⁸. El presidente de la Audiencia, Van de Walle, había sido recientemente designado para ese cargo. Con anterioridad había formado parte del Ministerio Fiscal dirigiendo un departamento encargado de asuntos penales –por delitos contra las personas–, cargo que ejerció durante el tiempo en que comenzaron las investigaciones del caso *Piersack*, aunque sin llevar personalmente la investigación pero con facultades de supervisión de la labor de los encargados propiamente del caso. Considerando afectado su derecho al tribunal imparcial, Piersack recurrió ante la Corte de Casación belga solicitando la nulidad de las actuaciones conforme a la

²⁴ HORVITZ (2007), pp. 129 y s.

²⁵ *Vid.* FERRAJOLI (1995), pp. 578 y ss.

²⁶ Sentencia de 1 de octubre de 1982, párrafos 30-32.

²⁷ Sentencia de 1 de octubre de 1982, párrafos 14-15 y 20-21.

²⁸ *Ídem.*

legislación belga. La Corte rechazó el recurso por estimar que no se había probado suficientemente la participación personal de Van de Walle en el caso mientras ejercía sus funciones en el Ministerio Público. El fallo hace presente que Van de Walle recibió en su domicilio una nota de parte del juez instructor a cargo de la causa contra Piersack cuando aún pertenecía al Ministerio Público y que tal hecho hacía suponer que el juez sabía que Van de Walle había tomado parte de una u otra manera en el ejercicio de la acción pública.

La sentencia recaída en este caso fue la primera que distinguió entre imparcialidad subjetiva y objetiva, doctrina que se consolidó en la jurisprudencia del tribunal europeo y ha sido seguida y sostenida por la CIDH²⁹. En efecto, en el párrafo 30 del fallo, el TEDH expresa que la imparcialidad, definida de modo general y ordinario como ausencia de prejuicio o parcialidad, puede ser precisada en el doble aspecto señalado. El *subjetivo* se orienta a la convicción personal de un juez concreto en un caso particular, mientras que el *objetivo* exige que el tribunal ofrezca garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre la imparcialidad de su actuación. Con relación al primer aspecto, el Tribunal señala que no tiene objeción alguna respecto de la imparcialidad personal del señor Van der Walle, la que por lo demás debe ser presumida mientras no se demuestre lo contrario³⁰. Sin embargo, añade, no cabe reducir el juicio de imparcialidad únicamente a la dimensión subjetiva, pues “incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia”³¹. Es así que “*todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer ese caso. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática*”³². A partir de este *leading case*, la jurisprudencia sostenida del TEDH ha señalado que la imparcialidad debe apreciarse, primero, a través de un procedimiento o *test* subjetivo, teniendo en cuenta la convicción personal del juez y su comportamiento, es decir,

²⁹ Vid. MEDINA (2005), p. 300.

³⁰ En el mismo sentido, sentencia *Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica*, de 23 de junio de 1981, párrafo 58.

³¹ El TEDH cita aquí la sentencia *Del Court c. Bélgica*, de 17 de junio de 1970, párrafo 31.

³² Párrafo 30 a). Vid. también sentencias *De Cubber c. Bélgica*, de 26 de octubre de 1984, párrafo 24; *Demicoli c. Malta*, de 27 de agosto de 1991, párrafo 40, y *Sainte-Marie c. Francia*, de 16 de diciembre de 1992, párrafo 34.

si ha mostrado durante el caso alguna parcialidad o prejuicio personal, y, segundo, en función de un procedimiento o *test* objetivo, que consiste en determinar si el tribunal ofrece, principalmente en su composición, las garantías necesarias para despejar cualquier duda legítima en lo referente a su imparcialidad³³. En esta última perspectiva son particularmente importantes los aspectos funcionales y orgánicos de la jurisdicción, esto es, si por las funciones del juez y su posición dentro de la organización puede ser visto como un tercero ajeno a los intereses involucrados en el caso sometido a su conocimiento y resolución.

En el ámbito doctrinal, FERRAJOLI postula que la imparcialidad significa ajenidad (*terzietà*) del juez a los intereses perseguidos por las partes desde una perspectiva tanto personal como institucional³⁴. En la primera dimensión es necesario que el juez carezca de interés privado o personal en el resultado de la causa. Citando a HOBBS, afirma que “nadie debe ser juez o árbitro en su propia causa” ni “nadie debe ser árbitro si para él resulta aparentemente un mayor provecho, material o espiritual, de la victoria de una parte que de la de la otra”³⁵. Por otro lado, es preciso que el juez no tenga en la causa ni siquiera un interés *público* o *institucional* como podría serlo por ejemplo un interés acusatorio, incompatible con la función judicial³⁶. De allí que la imparcialidad exija la separación institucional del juez respecto de la acusación pública. Pero además la función judicial tampoco debe estar contaminada por la promiscuidad entre jueces y órganos policiales, debiendo estos depender (solo) de los fiscales del Ministerio Público y, del mismo modo, es indispensable que los órganos a cargo de la investigación de los delitos se hallen ubicados en un orden distinto del judicial, aunque tengan las mismas garantías de independencia, de modo de evitar que se forme entre ellos un espíritu de cuerpo común y en lugar de influirse se controlen recíprocamente³⁷. En fin, para el autor italiano, “[e]l juez [...] no debe gozar del consenso de la mayoría pero sí con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no solo no tengan, sino ni siquiera

³³ Vid. sentencias *Fey c. Austria*, de 24 de febrero de 1993, párrafos 27, 28 y 30; *Wettstein c. Suiza*, de 21 de diciembre de 2000, párrafo 42; *Micallef c. Malta*, de 15 de octubre de 2009, párrafo 93.

³⁴ FERRAJOLI (1995), p. 580.

³⁵ FERRAJOLI (1995), p. 581.

³⁶ FERRAJOLI (1995), p. 582.

³⁷ FERRAJOLI (1995), p. 583.

alberguen el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial”³⁸. De allí que postule como garantía de esta indiferencia personal respecto a los intereses en conflicto la libre recusabilidad del juez por las partes interesadas³⁹.

En la misma línea, el Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE)⁴⁰ ha señalado que, en el ámbito de la función jurisdiccional, “[...] los jueces deberían, en cualquier circunstancia, adoptar un comportamiento imparcial, para evitar que surja en el espíritu del justiciable una sospecha legítima de parcialidad. Las apariencias deberían ser guardadas, tanto en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales como en las demás actividades del juez”⁴¹. Asimismo, el Consejo considera que el juez debe ejercer sus funciones con respeto de la igualdad de trato, “evitando cualquier prejuicio y discrimina-

³⁸ FERRAJOLI (1995), pp. 581-582. En tal sentido, el juez carece de legitimación “democrática”, pues la legitimación mayoritaria no hace verdaderas las proposiciones jurisdiccionales falsas, ni susceptibles de verificación o refutación las que no sean verificables ni refutables. FERRAJOLI (1995), p. 547. Cfr. también MAIER (1999), p. 752.

³⁹ FERRAJOLI (1995), p. 581. Sostiene que la libre recusabilidad de los jueces era la regla en el antiguo proceso acusatorio romano e inglés, también durante la breve experiencia acusatoria de la Revolución Francesa. Ante la introducción de la recusación motivada en el proceso inquisitivo y luego en el mixto, ella fue rechazada por filósofos ilustrados como Montesquieu y la mayor parte de los criminalistas de la Escuela clásica italiana, desde Beccaria y Filangieri a Carrara y Pessina, aunque limitada a los jueces populares y no respecto de los togados. Si bien es partidario de libre recusabilidad de ambas clases de jueces, admite la posibilidad de limitaciones en el ejercicio de este derecho. FERRAJOLI (1995), p. 582.

⁴⁰ Órgano consultivo del Consejo de Ministros del Consejo de Europa en materia de independencia, imparcialidad y competencia profesional de los jueces europeos. Creado en 2000, es el único órgano consultivo en una organización supranacional constituido exclusivamente por jueces en ejercicio. Se ocupa de elaborar, debatir y aprobar informes en materia de independencia, imparcialidad, ética y responsabilidad de los jueces, formación judicial, proceso equitativo en un plazo razonable, justicia y sociedad, papel de los jueces en la protección del Estado de derecho, entre otras temáticas.

⁴¹ CCJE, Informe N° 3, de 2002, párrafo 21. Añade en el párrafo 22: “Por consiguiente, el juez debería cumplir con su misión sin favoritismos y sin manifestar prejuicio alguno o prevención. No debería determinarse, en función de consideraciones ajenas, a la aplicación de las reglas del derecho. Mientras que lleva un caso, o vaya a llevarlo, no debe realizar comentarios, intencionadamente, que puedan razonablemente hacer pensar, en un prejuicio en la solución del litigio, o que influirán sobre el carácter equitativo del procedimiento. Debe dispensar un trato correcto a todas las personas (partes, testigos, abogados, por ejemplo), sin distinción por motivos ilegítimos o carentes de relación con el buen ejercicio de sus funciones. Del mismo modo, debería garantizar una competencia profesional evidente en el ejercicio de sus funciones”.

ción, manteniendo el equilibrio entre las partes, garantizando el respeto del principio de la contradicción”⁴². Y ello porque “[l]a confianza y el respeto hacia la magistratura son las garantías de la eficacia del sistema jurisdiccional: los justiciables perciben la conducta del juez en su actividad profesional como un factor esencial de la credibilidad de la justicia”⁴³. Por su parte, el principio N° 2 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura señala que “[l]os jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”⁴⁴.

La importancia del comportamiento del tribunal respecto de las partes ha sido materia de diversos fallos del TEDH. En el caso *Sander c. Reino Unido*⁴⁵ se planteó el problema de la imparcialidad subjetiva de algunos miembros del jurado por comentarios racistas sobre el procesado, de origen asiático. Después del juicio oral y reunidos para deliberar, un miembro del jurado decidió enviar un mensaje al tribunal señalando que “*al menos dos de los miembros del jurado habían efectuado abiertamente comentarios y bromas racistas y que temía que fueran a declarar culpable al procesado no en base a la evidencia sino porque se trataba de un asiático*”. El tribunal puso en conocimiento esta situación al jurado y solicitó a sus miembros comunicarle al día siguiente si se consideraban en situación de decidir el caso sin prejuicios. Mientras tanto, separó al miembro del jurado denunciante del resto. Al día siguiente, el juez recibió dos cartas o notas: una, firmada por la mayoría de los miembros del jurado –incluido quien hizo la denuncia– rechazando no

⁴² CCJE, Informe N° 3, de 2002, párrafo 24.

⁴³ CCJE, Informe N° 3, de 2002, párrafo 22. En el párrafo 23 plantea que el juez debe cumplir su función sin favoritismos y sin manifestar prejuicio alguno o prevención, ateniéndose a la aplicación de las reglas del derecho. No debe realizar comentarios, intencionadamente, que puedan razonablemente hacer pensar, en un prejuicio en la solución del litigio, o que influirán sobre el carácter equitativo del procedimiento. Debe dispensar un trato correcto a todas las personas, sin distinción.

⁴⁴ Cfr. Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus Resoluciones N° 40/32, de 29 de noviembre de 1985, y N° 40/146, de 13 de diciembre de 1985.

⁴⁵ Sentencia de 9 de agosto de 2000.

estar en condiciones de resolver imparcialmente el caso. La segunda estaba escrita por un miembro del jurado, quien aparentemente se consideraba denunciado de haber efectuado los comentarios racistas, en la cual indicó que, si hizo alguna observación impropia, no fue su intención y lo lamentaba, pues tenía buenos vínculos con la comunidad asiática. El tribunal rechazó disolver (*discharge*) al jurado, el que finalmente declaró culpable al acusado, quien fue condenado a cinco años de privación de libertad⁴⁶.

El TEDH consideró que la carta de los miembros del jurado, incluido el denunciante, señalando que no estaban prejuiciados por la nacionalidad asiática del imputado no podía desacreditar la imputación de la carta original por las siguientes razones. En primer lugar, uno de los jurados escribió una nota admitiendo que hizo bromas racistas, circunstancia que no puede ser tomada ligeramente desde que bromas efectuadas en el contexto de un procedimiento penal adquieren una significación diferente a bromas realizadas en uno de carácter íntimo o informal. En segundo lugar, la carta colectiva también fue firmada por el miembro del jurado que remitió la nota denuncia y esta sola circunstancia afecta la credibilidad de la carta. En opinión del TEDH, la carta denuncia fue el producto de una reacción genuina y espontánea cuya honestidad no ha sido cuestionada y que expresa temor de que los imputados puedan ser condenados solo porque son asiáticos. Al mismo tiempo, al reflejar la posición común de un número de personas que no necesariamente tienen los mismos intereses, niega cualquier posibilidad de sesgo racial. Por ello, el TEDH considera que dicha nota es la más confiable. Reconoce, además, que el miembro del jurado denunciante ha sido tratado de tal modo que era obvio que los demás miembros del jurado notaron que él fue quien hizo la denuncia. En su opinión, la carta colectiva no desacredita las alegaciones contenidas en la nota denuncia porque admitir abiertamente el racismo es algo que una persona promedio tendería a evitar naturalmente. Por ello estima que la negación colectiva de las alegaciones contenidas en la nota no provee por sí misma una solución satisfactoria del problema⁴⁷. En suma, el TEDH estima que las alegaciones contenidas en la carta denuncia eran capaces de producir en el demandante y en cualquier

⁴⁶ Sentencia de 9 de agosto de 2000, párrafos 8-15.

⁴⁷ Sentencia de 9 de agosto de 2000, párrafo 29.

observador objetivo dudas legítimas sobre la imparcialidad del jurado que ni la carta colectiva ni la intervención del juez pudo disipar⁴⁸.

A pesar que en este caso solo se declaró infringida la vertiente objetiva del derecho al tribunal imparcial en conformidad al artículo 6 §1 de la CEDH⁴⁹, nos parece interesante anotar que un juez del TEDH, quien concurrió al voto de mayoría, dejó establecido, sin embargo, que disintió de la opinión predominante en orden a que el tribunal no fue imparcial *también* desde un punto de vista subjetivo, sosteniendo que “*estaba convencido que un miembro del jurado que, en el desempeño de sus deberes, hace bromas o comentarios racistas acerca del acusado no puede razonablemente ser imparcial en su juzgamiento*”. Para este juez, “*tal actitud implica que dicho miembro del jurado considera al acusado una persona inferior en razón de su raza*” y que “*como resultado de tal prejuicio el acusado no recibió un tratamiento imparcial por una de las personas que, junto a los demás jurados, lo condenaron*”⁵⁰. Es así que en otros fallos la frontera entre imparcialidad subjetiva y la objetiva no aparece tan tajante, ya que no solo la conducta de un juez puede, desde el punto de vista de un observador externo, conllevar dudas objetivamente justificadas en lo referente a su imparcialidad (test objetivo), sino que también puede relacionarse con sus vínculos o prejuicios personales (test subjetivo). De este modo, en casos en que es difícil aportar pruebas que permitan desmentir la presunción de imparcialidad subjetiva del juez, la condición de imparcialidad objetiva ofrece una garantía mayor. Por ello es muy importante examinar las circunstancias personales del comportamiento judicial en tela de juicio⁵¹.

En la doctrina, una distinción neta entre ambas vertientes de la imparcialidad no es pacífica e, incluso, ha sido rechazada, planteándose que la única sostenible es la subjetiva⁵². Sin embargo, conforme a la jurisprudencia

⁴⁸ Sentencia de 9 de agosto de 2000, párrafo 32.

⁴⁹ Sentencia de 9 de agosto de 2000, párrafo 35.

⁵⁰ Voto parcialmente concurrente y disidente del juez Loucaides en la parte resolutoria de la sentencia.

⁵¹ Cfr. sentencias *Oluji c. Croacia*, de 5 de mayo de 2009, párrafo 60, y *Pullar c. Reino Unido*, de 10 de junio de 1996, párrafo 32.

⁵² Vid. BORDALÍ (2009), p. 274, y doctrina citada.

del TEDH, ella debe ser presumida⁵³, de modo que corresponde a la parte que alega la parcialidad del tribunal probar qué aspecto personal, ya sea la disposición anímica o psicológica o de su comportamiento exterioriza su falta de imparcialidad⁵⁴. Ello ocurre, por ejemplo, en caso de manifiesta hostilidad o rechazo con alguna de las partes o cuando el juez buscara la asignación de un caso por motivos personales⁵⁵. En la sentencia recaída en el caso *Kyprianou c. Chipre*⁵⁶, el TEDH declaró la violación del derecho al tribunal imparcial tanto en su faz objetiva⁵⁷ como en la subjetiva. Con relación al test subjetivo, sostuvo que en la especie concurrieron diversas circunstancias que permitían concluir que los jueces no se distanciaron suficientemente de la situación y, por consiguiente, incurrieron en parcialidad. Señaló que: a) los jueces en su sentencia reconocían haberse sentido insultados “personalmente” por el demandante, lo que mostraba una implicación personal en el caso; b) la sentencia contenía un lenguaje enfático que era signo de indignación impropio de una decisión judicial; c) los jueces impusieron una pena de cinco años de prisión, que fue ejecutada de inmediato, afirmando que se trataba de la única respuesta adecuada, y d) los jueces expresaron con rapidez que consideraban al actor culpable del delito de desacato, tras lo cual le dieron a elegir entre mantener sus palabras y dar razones para no condenarle, o retractarse⁵⁸. En suma, la falta de imparcialidad subjetiva se evidenció en la reacción intempestiva de los jueces frente a la conducta del demandante, como también en su prisa por juzgarlo de forma sumaria por el cargo criminal de desacato sin buscar una alternativa menos drástica, como medidas de advertencia, denuncia al colegio de abogados, renuncia a seguir

⁵³ Cfr. sentencias *Langborger c. Suecia*, de 22 de junio de 1989, párrafo 35; *Hauschildt c. Dinamarca*, de 24 mayo de 1989, párrafo 47, y *Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica*, de 23 de junio de 1981, párrafo 58.

⁵⁴ En el mismo sentido, BORDALÍ (2009), p. 273.

⁵⁵ Sentencia *De Cubber c. Bélgica*, de 26 de octubre de 1984, párrafo 25.

⁵⁶ Sentencia de 15 de diciembre de 2005.

⁵⁷ Con relación al test objetivo, señaló que “el rasgo decisivo del caso es que los jueces del tribunal que condenó al demandante fueron los mismos jueces contra los cuales se habría cometido el presunto delito de desacato. Esto en sí mismo es suficiente para generar dudas legítimas, objetivamente justificadas, en cuanto a la imparcialidad del juzgador –*nemo iudex in causa sua*” (Sentencia de 15 de diciembre de 2005, párrafo 34).

⁵⁸ Sentencia de 15 de diciembre de 2005, párrafos 38-42.

escuchándolo mientras no retirara sus dichos o, simplemente, pidiéndole que abandonara el tribunal. Otro importante factor fue la grave sanción impuesta –prisión inmediata–, mientras señalaban: “*No podemos imaginar otra ocasión en que se haya incurrido en desacato al tribunal de un modo más manifiesto e inaceptable*”⁵⁹.

La CIDH ha seguido los criterios elaborados por el TEDH en relación a la distinción entre imparcialidad objetiva o institucional e imparcialidad subjetiva o personal⁶⁰, haciendo invocación recurrente de ellos en sus sentencias⁶¹. Así lo admite la doctrina que se ha pronunciado sobre el tema⁶² y, entre otros, el fallo de la CIDH en el caso *Norín Catrimán y otros c. Chile* (caso *Lonkos*)⁶³. El reclamo de los demandantes se fundó en la discriminación por razones de origen étnico en perjuicio de las presuntas víctimas, sea por la supuesta existencia de una “*aplicación selectiva de la Ley Antiterrorista en contra de integrantes del pueblo indígena Mapuche, sea porque las sentencias penales internas contienen expresiones que se estima que constituyen o revelan discriminación de la índole indicada*”⁶⁴. Tal circunstancia, entre otras vulneraciones a las garantías reconocidas en la CADH, habría privado a los demandantes del derecho a ser juzgados por un tribunal imparcial. La Corte afirma “*que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación*”⁶⁵.

⁵⁹ Sentencia de 15 de diciembre de 2005, párrafo 41.

⁶⁰ Sentencias en casos *Apitz Barbera y otros* (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) c. Venezuela, párr. 56, y *Atala Riffo y Niñas c. Chile*, párrafo 189.

⁶¹ Cfr. *Norín Catrimán y otros c. Chile*, de 29 de mayo de 2014, párrafos 14, 15, 17 y 19, 22 a 26, 28, 30 a 32.

⁶² MEDINA (2005), p. 300, BORDALÍ (2009), pp. 272 y ss.

⁶³ Sentencia de 29 de mayo de 2014, párrafo 208.

⁶⁴ Sentencia de 29 de mayo de 2014, párrafo 194.

⁶⁵ Sentencia de 29 de mayo de 2014, párrafo 197. Se añade que “la jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico”.

Asimismo, expresa que “*puede haber una aplicación discriminatoria de la ley penal si el juez o tribunal condena a una persona basándose en un razonamiento fundado en estereotipos negativos que asocian a un grupo étnico con el terrorismo para determinar alguno de los elementos de la responsabilidad penal. Incumbe al juez penal verificar que todos los elementos del tipo penal hayan sido probados por la parte acusadora, puesto que, como ha expresado esta Corte, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recaiga, como corresponde, en la parte acusadora y no en el acusado*”⁶⁶.

Consistente con lo anterior, la Corte estima que “[l]as alegaciones de violación del derecho a un juez o tribunal imparcial, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, están estrechamente relacionadas con la presunción de la intención terrorista de ‘producir [...] temor en la población en general’ (elemento subjetivo del tipo), que según ya se ha declarado vulnera el principio de legalidad y la garantía de presunción de inocencia previstos, respectivamente, en los artículos 9 y 8.2 de la Convención. La alegada violación del artículo 8.1 debe considerarse subsumida en la ya declarada violación de los artículos 9 y 8.2. En consecuencia, la Corte considera que no es necesario pronunciarse a su respecto”⁶⁷. Como se aprecia, la CIDH estima relacionados el derecho a la igual protección ante la ley y a la no discriminación con el derecho a un tribunal imparcial, como ocurrió con el fallo *Sander c. Reino Unido* dictado por el TEDH⁶⁸. Por otro lado se afecta la imparcialidad del tribunal cuando a través de presunciones legales se adoptan

⁶⁶ Sentencia de 29 de mayo de 2014, párrafo 223.

⁶⁷ Sentencia de 29 de mayo de 2014, párrafo 229. [El énfasis es nuestro].

⁶⁸ Sin embargo, en el fallo de la CIDH *Atala Riffo c. Chile*, de 24 de febrero de 2012, recaído sobre una controversia de derecho de familia, aunque la Corte concluyó que se vulneró el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la Convención Americana, por discriminación en razón de orientación sexual (párrafos 150 y ss., esp. 155) no consideró infringido el art. 8.1 CADH en su vertiente del derecho a un tribunal imparcial en relación a la actuación de la Corte Suprema en el fallo del recurso de queja. Contradictoriamente a nuestro juicio, sí consideró vulnerado tal derecho en relación a la visita extraordinaria dispuesta por la Corte de Apelaciones de Temuco para investigar supuestas irregularidades administrativas atribuidas a la jueza Atala (cfr. párrafos 235 y ss.). En efecto, en el párrafo 235 se deja constancia “[...] 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 (supra párr. 221) 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

estereotipos negativos o prejuicios asociados a un tipo o grupo de personas, vulnerándose así el principio de inocencia⁶⁹.

La jurisdicción militar ha sido fuente frecuente de pronunciamientos referidos a la imparcialidad del tribunal, aunque habitualmente confundida con la exigencia de independencia o con el derecho al juez natural y competente. Desde temprano, el TEDH rechazó el juzgamiento y sanción de civiles por los tribunales militares ya fuera por delitos terroristas o comunes, por encontrarse comprometida, entre otras, la garantía orgánica en estudio. En tal sentido se pronuncian los fallos *Loayza Tamayo*⁷⁰, *Castillo Petruzzi*⁷¹, *Durand y Ugarte*⁷², todos contra Perú⁷³, o el de *Palamara Iribarne contra Chile*⁷⁴. La Corte identifica criterios sustantivos para restringir la competencia castrense, como la categoría de delitos que pueden ser conocidos por la jurisdicción militar, a saber, solo delitos militares y no comunes y, por otro lado, las personas susceptibles de ser juzgadas por ellos, solo funcionarios militares y no civiles⁷⁵.

Asimismo, ha declarado la violación de este derecho en casos de desaparición forzada de personas y ejecución extrajudicial cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas o de la policía, como por ejemplo en *Las Palmeras*⁷⁶ y los *19 Comerciantes*, ambos contra Colombia, o en *Almonacid Arellano contra Chile*⁷⁷. Sobre la base que, en una sociedad

hallazgos eran hechos que “rev[estían] una gravedad que merec[ía] ser observada por [la Corte de Apelaciones de Temuco]”.

⁶⁹ Es importante destacar que a pesar que la condena de la CIDH se dictó en el año 2014, ya en octubre del año 2010 se había publicado en el *Diario Oficial* la Ley N° 20.467, que respondía en gran medida a las observaciones que se realizaron a la Ley N° 18.314: se eliminaron las presunciones de responsabilidad penal y se modificaron las normas relativas a los testigos protegidos.

⁷⁰ Sentencia de 17 de septiembre de 1997.

⁷¹ Sentencia de 30 de mayo de 1999.

⁷² Sentencia de 16 de agosto de 2000.

⁷³ Cfr. también sentencias recaídas en los casos *Cesti Hurtado*, de 29 de septiembre de 1999; *Cantoral Benavides*, de 18 de agosto de 2000, y *Berenson Mejía*, de 25 de noviembre de 2004.

⁷⁴ Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

⁷⁵ *Vid.* CONTRERAS (2011), pp. 209 y ss.

⁷⁶ Sentencia de 6 de diciembre de 2001.

⁷⁷ Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

democrática, los tribunales militares tienen una competencia delimitada para juzgar solo a personal militar, la Corte ha señalado que, cuando ella se amplía a materias propias de la justicia ordinaria, se viola el derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial⁷⁸. Sin embargo, en los hechos se trata ya no del juzgamiento de civiles, sino de militares por delitos comunes o de lesa humanidad contra civiles. En efecto, el derecho al tribunal imparcial aparece aquí relacionado con el derecho de acceso a la justicia o de tutela judicial efectiva que se reconoce a las víctimas de delitos, en especial si se trata de crímenes de lesa humanidad, aun cuando la infracción a dichas garantías también puede ser imputable a la jurisdicción ordinaria⁷⁹. Cuando las víctimas de delitos cometidos por militares o funcionarios públicos son civiles, surge la fundada sospecha (objetiva) acerca de la neutralidad de los órganos que ejercen la jurisdicción militar si el imputado sometido a su juzgamiento es un militar, máxime cuando aquella no asegura las garantías orgánicas exigibles a cualquier organización judicial⁸⁰. La experiencia chilena ha demostrado que ella sirvió al propósito de garantizar la impunidad de los agentes militares y policiales involucrados en las violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura militar⁸¹, las que solo pudieron ser juzgadas y condenadas una vez que las causas fueron conocidas por la justicia ordinaria a fines de la década del 90⁸².

⁷⁸ Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafos 130-131.

⁷⁹ Vid. GALDÁMEZ (2010), pp. 201 y ss. En el caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, de 29 de julio de 1988, por el secuestro y desaparición de Ángel Velásquez Rodríguez, se declaró la violación de los artículos 4, 5 y 7 de la CADH (derecho a la vida, integridad y libertad personal), pero no a la tutela judicial efectiva pese a que se estableció fácticamente “*que tanto las autoridades militares, de policía y del Poder Judicial se negaban o eran incapaces de prevenir, investigar y sancionar los hechos y de auxiliar a quienes se interesaban en averiguar el paradero y la suerte de las víctimas o de sus restos*” (párrafo 147, d) v.). En el párrafo 179 se señaló que quedó comprobada “*la abstención del poder judicial para atender los recursos introducidos ante diversos tribunales en el presente caso. Ningún recurso de exhibición personal fue tramitado. Ningún juez tuvo acceso a los lugares donde eventualmente pudiera haber estado detenido Manfredo Velásquez. La investigación criminal que se abrió concluyó en un sobreesimiento*”.

⁸⁰ Vid. *infra*, apartado IV, “La jurisdicción militar”.

⁸¹ Colegio de Abogados de Chile (1990), *passim*.

⁸² Vid. HORVITZ (2020), en prensa.

En la siguiente sección se examinará, junto con las sentencias de la CIDH que han condenado al Estado de Chile sobre este derecho en particular, la forma en que se encuentra organizado el proceso penal ordinario para verificar si este asegura de modo suficiente la imparcialidad en todas sus dimensiones. Asimismo, se hará una revisión de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la materia y si ella satisface los requerimientos de una tutela efectiva de este derecho a las partes del proceso.

III. LA SITUACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO AL TRIBUNAL IMPARCIAL EN CHILE

Como se señaló, tanto las vertientes objetiva y subjetiva de la imparcialidad del tribunal deben estar aseguradas a través de mecanismos institucionales no bastando invocar las presuntas virtudes morales del juez como suficiente garantía. La jurisprudencia internacional de los tribunales de derechos humanos ha sido insistente en advertir los problemas que bajo el *test objetivo* ponen en riesgo la imparcialidad del tribunal, por ejemplo, la existencia de relaciones jerárquicas entre juez e imputado u otros intervinientes del procedimiento en el caso de los tribunales militares⁸³, el desempeño de un doble rol en el proceso por parte del juez que es incompatible con la exigencia de imparcialidad⁸⁴ o la circunstancia de que el abogado representante de los oponentes del demandante haya juzgado antes al demandante en un conjunto de procedimientos o en procedimientos superpuestos⁸⁵. De allí que la propia estructura del procedimiento y la forma en que se organizan y distribuyen los roles y competencias entre los diferentes actores del proceso sea esencial para asegurar que el juzgador no estará determinado, influido ni prejuiciado por circunstancias ajenas a las que provienen del caso concreto sometido a su conocimiento⁸⁶.

Como es sabido, el legislador de 1906, al dictar el inquisitivo Código de Procedimiento Penal tenía absoluta claridad acerca de “los malos efectos”

⁸³ Cfr. sentencias del TEDH en casos *Miller y otros c. Reino Unido*, de 26 de octubre de 2004, y *Micallef c. Malta*, de 15 de octubre de 2009, párrafo 97.

⁸⁴ Cfr. *Mežnari c. Croacia*, de 15 de julio de 2005, párrafo 36.

⁸⁵ Cfr. *Wettstein c. Suiza*, de 21 de diciembre de 2000, párrafo 47.

⁸⁶ Sobre las relaciones entre los modelos de organización judicial y las estructuras procesales, *vid.* BINDER y OVANDO (2004), pp. 213 y ss.

de atribuir la instrucción del sumario a un solo y mismo juez a cargo de las funciones de investigar, acusar y fallar, y cuyo convencimiento acerca de la culpabilidad del procesado, tan pronto hubiera indicios de ella, “lo arrastra insensiblemente, y aún sin que él lo sospeche, no solo a encaminar la investigación por el sendero que él se ha trazado para comprobar los hechos que cree verdaderos, sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario”⁸⁷. Este pasaje refleja de modo elocuente lo que ocurre con cualquier persona llamada a averiguar unilateralmente la verdad o falsedad de cualquier proposición fáctica. Por ello no es aceptable hacer descansar la garantía de imparcialidad del tribunal en las características personales de los jueces, como lo hace el Mensaje del Código de Procedimiento Penal, menos aun cuando sirve de justificación para soslayar lo que renglones antes reconocía como un argumento poderoso en contra de la solución adoptada:

“No se puede desconocer la fuerza de esta observación, pero preciso es también convenir en que un juez honrado trabajará por no dejarse llevar de meras impresiones, y en que nadie como él se halla en aptitud de formarse un juicio exacto acerca de la verdad de los hechos”.

Y más adelante añade:

“Se puede decir que substituye en cierto modo, mediante su investigación personal, a los jueces que en otras partes juzgan por medio del juicio oral. Todavía podemos agregar que la experiencia de muchos años ha acreditado entre nosotros que el juez se apasiona pocas veces y que, en todo caso, cualquier desvío involuntario encuentra su correctivo en la acción de los tribunales superiores encargados de revisar sus resoluciones”.

Lo que el Mensaje soslayó, y solo se vino a reconocer con la reforma procesal penal llevada a cabo casi cien años después, fue admitir que el mayor número de jueces requerido por un sistema de “juicios orales” no era solo un problema económico que podía suplirse con jueces honrados y desapasionados, sino una exigencia estructural del proceso penal para asegurar *objetivamente* la imparcialidad del adjudicador. De allí que, para cumplir con esta garantía orgánica, tuviera que aumentarse de forma significativa la dotación de jueces para asegurar que el tribunal a cargo del juicio oral no

⁸⁷ Mensaje del Código de Procedimiento Penal de 1906.

podría jamás estar integrado por jueces que hubieran intervenido en etapas previas del procedimiento penal y, por consiguiente, con algún pre-juicio acerca de los hechos y el o los imputados. Ello significó introducir reglas de inhabilitación para prevenir el riesgo de parcialidad del tribunal del juicio oral. En el aspecto objetivo, tales reglas norman la implicancia de los jueces⁸⁸.

Si bien el Estado de Chile estableció un sistema de justicia criminal ordinario que normativamente asegura desde una perspectiva orgánica y procesal la imparcialidad del tribunal sigue existiendo un conjunto de problemas que debe ser enfrentado institucionalmente tanto en el plano objetivo como subjetivo. En primer lugar, en tanto exista una estructura judicial piramidal y jerárquica cuyo incentivo es la carrera judicial, el juez del caso tendrá dificultad en eludir factores, internos o externos, que interfieran en la resolución del caso sometido a su conocimiento únicamente en base a su mérito⁸⁹. En efecto, las expectativas de la organización judicial, las mediáticas o los poderes de las partes pueden afectar su decisión, ello sin contar con el posible ofrecimiento de ventajas indebidas constitutivas de corrupción⁹⁰. La ausencia de una estructura institucional que asegure la independencia interna del juez es un primer gran obstáculo en el aseguramiento de la imparcialidad del tribunal. Un juez que atiende los mensajes de sus superiores jerárquicos para poder ascender en la organización judicial no será un juez imparcial excepto en aquellos casos en que no se vea comprometida tal aspiración, por lo demás legítima. Por otro lado, el impacto mediático de sus decisiones es otro factor que, sin duda, interfiere en la solución imparcial del caso. No menos importante es la influencia de todo orden que abogados particulares, estudios profesionales, lobistas u operadores ejercen sobre el juez para la obtención de ventajas indebidas dentro del proceso⁹¹. Los vínculos entre estos con quienes detentan cargos

⁸⁸ El artículo 194 del Código Orgánico de Tribunales contempla las reglas sobre implicancia de los jueces, algunas de las cuales están precisamente establecidas solo respecto de los jueces con competencia criminal. Ellas son: 1º Haber intervenido con anterioridad en el procedimiento como fiscal o defensor; 2º Haber formulado acusación como fiscal, o haber asumido la defensa, en otro procedimiento seguido contra el mismo imputado, y 3º Haber actuado el miembro del tribunal de juicio oral en lo penal como juez de garantía en el mismo procedimiento.

⁸⁹ HORVITZ (2007), pp. 127 y ss.

⁹⁰ Cfr. BINDER y OVANDO (2004), pp. 175 y ss., 613 y ss.

⁹¹ BINDER y OVANDO (2004), pp. 627 y ss.

de poder de decisión en la carrera judicial o incluso la existencia de “tribus judiciales” con control o influencia en el nombramiento o la promoción de sus miembros son factores que indudablemente deben ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar esta garantía orgánica⁹².

Un componente cada vez más presente en esta temática es el carácter desmoralizador y criminógeno que produce la corrupción, particularmente en la esfera judicial. Como señalan BINDER y OBANDO, este problema debe ser planteado en el contexto organizacional, pues en su concepto la cultura judicial “no solo cobija sino que estimula los actos de corrupción. Ellos podrán ser ilícitos según el ordenamiento jurídico, pero para las reglas de la organización son actos válidos y hasta valiosos”⁹³. Si un observador externo percibe que el sistema judicial nada hace respecto de los actos de corrupción en su propia organización y en otros sectores del Estado, “ello se le aparece como una nueva forma de corrupción, aunque en muchos casos no sea más que la ineficiencia normal del propio sistema. El costo de esa ineficiencia es mucho más alto para el prestigio del sistema judicial, ya que en la gran mayoría de los casos va a ser percibido como complicidad [en la] corrupción”⁹⁴. En tal sentido son preocupantes, por ejemplo, denuncias recientes que evidencian actuaciones irregulares de un miembro de un tribunal del juicio, en el sentido de mantener un trato cercano con una abogada de las defensas, lo que habría determinado un fallo absolutorio del acusado, un sujeto con gran poder económico⁹⁵. Sin perjuicio de la veracidad o no de la acusación, lo cierto es que la sola circunstancia de que algún miembro del tribunal que juzga aparezca teniendo un trato deferente con una de las partes (u hostil con la otra) genera la sospecha de parcialidad que satisface el estándar planteado por el TEDH en el caso *De Cubber*:

“En este aspecto, incluso las apariencias pueden ser de cierta importancia o, en otras palabras, la justicia no solo debe satisfacerse, además debe ser vista como satisfecha. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben

⁹² BINDER y OVANDO (2004), pp. 180 y ss.

⁹³ BINDER y OVANDO (2004), p. 614.

⁹⁴ BINDER y OVANDO (2004), p. 616, con todos los costos que ello conlleva, pues “la figura del juez es uno de los arquetipos morales de nuestra cultura”.

⁹⁵ Disponible en línea: <<https://www.latercera.com/la-tercera-domingo/noticia/caso-cascadas-la-inedita-y-reservada-denuncia-de-un-juez-que-complica-al-tribunal/TJUY7B2FLZFI-VCZOU4IVYZXMX4/>>.

inspirar en los ciudadanos en una sociedad democrática. De allí que, cualquier juez respecto del cual concurra una razón legítima para temer una falta de imparcialidad debe inhabilitarse⁹⁶”.

Pero: ¿podría plantearse la recusación del juez o jueces en tales casos? ¿La “apariencia” está referida únicamente a un déficit de imparcialidad objetiva o puede tratarse *también* de la *manifestación* de una falta de imparcialidad subjetiva?

Para la preservación de la dimensión subjetiva de la imparcialidad, la legislación chilena contempla reglas de recusabilidad en el artículo 196 del Código Orgánico de Tribunales, muchas de las cuales son en extremo formales como, por ejemplo, las que se fundan en relaciones de parentesco por consanguinidad o afinidad que dejan fuera supuestos en que existen relaciones afectivas no reconocidas legalmente pero notorias u ostensibles con alguna de las partes, lo que permite dudar acerca de la imparcialidad del juez. Ello nos conduce a la cuestión acerca de si las causas de apartamiento de un juez o miembro de un tribunal por ausencia de imparcialidad son solo aquellas que la ley prevé —a veces demasiado estrechas u objetivadas y que tienen más bien un carácter preventivo— o pudieran, además, ser esgrimidas otras demostrativas de un comportamiento parcial, no abarcadas por las causales de implicancia o de recusación legales⁹⁷.

Así, por ejemplo, la hostilidad de uno o más miembros del tribunal con alguna de las partes en el curso del procedimiento que no pueda fundarse en alguna circunstancia o motivo objetivo no parece tener cabida en la ley⁹⁸. En

⁹⁶ Cfr. sentencias TEDH en casos *De Cubber c. Bélgica*, de 26 de octubre de 1984, párrafo 26, y *Castillo Algar c. España*, de 28 de octubre de 1998, párrafo 45.

⁹⁷ En tal sentido cabría preguntarse si los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales contemplan situaciones que son de habitual ocurrencia en la sociedad contemporánea, “caracterizada por un mayor pluralismo ético, ideológico y político”, a propósito de casos que dejan en evidencia las convicciones políticas, religiosas o sexistas de los miembros del tribunal. *Vid.* BORDALÍ (2009), p. 275.

⁹⁸ Para graficar el modo formalista en que los tribunales se aproximan a este derecho, nada mejor que revisar el considerando undécimo de la SCS Rol N° 2389-2013. En él, la Corte Suprema señaló que “*la actitud de todos o algunos de los jueces durante el interrogatorio de los acusadores y de la defensa en el trato que dieron al acusado, como en el pronunciamiento de la sentencia*” y que “*habrían coartado las facultades de la defensa*” dice relación con las facultades disciplinarias del tribunal “*de cuyo exceso pudo el recurrente reclamar por la vía idónea*” y no con la imparcialidad del tribunal, cuya infracción debe efectuarse a través de “*causales de inhabilidad [...] que no han sido esgrimidas y alegadas en el proceso*”. Lo denunciado por el

efecto, ¿podría ser invocada como causal de recusación, por ejemplo, la prevista en el artículo 196 N° 15 del Código Orgánico de Tribunales, esto es, “[t]ener el juez con alguna de las partes enemistad, odio o resentimiento que haga presumir que no se halla revestido de la debida imparcialidad”? Si el motivo es oculto pero la conducta es manifiesta, ¿cabría alegar una causal de inhabilidad apoyada en los criterios asentados por los tribunales internacionales de derechos humanos? La respuesta está lejos de ser pacífica⁹⁹, y la jurisprudencia de la Corte Suprema es ambivalente¹⁰⁰.

En el ámbito penal, esta cuestión tiene suma importancia cuando se trate del comportamiento parcial que el tribunal exhiba *durante el juicio oral* y no pueda vincularse tal animosidad con alguna causal legal de impugnancia o recusación. La causal absoluta del recurso de nulidad prevista en la letra a) del artículo 374 del Código Procesal Penal (CPP), disponible para todos los intervinientes procesales, está referida al supuesto en el que la sentencia “hubiere sido pronunciada

recurrente “*constituye una causal diferente y que, asimismo, en cuanto integra el derecho al debido proceso, corresponde a una garantía constitucional también diversa*”.

⁹⁹ Bordalí pareciera proponer una interpretación extensiva de esta causal, la que cumpliría una función de “cajón de sastre” o, lo que es lo mismo, entender “que los jueces están facultados para considerar otras causales de parcialidad fuera de los casos previstos en la ley”. Cfr. BORDALÍ (2009), pp. 275-276.

¹⁰⁰ Así, en el considerando quinto de la sentencia Rol N° 29539, de 29 de enero de 2015, la Corte Suprema señala que “[a] partir de tales pronunciamientos de la Corte Interamericana y tal como lo comenta Jauchen, se consagra el principio conceptual de que los motivos de parcialidad y en consecuencia de apartamiento del juez no se limitan a las taxativas causales de recusación enumeradas en los digestos procesales sino que también existe una variada gama de situaciones imposibles de enumerar pero que, genéricamente, aun cuando no estén expresamente previstas, configuran objetivamente motivos de apartamiento por colocar al juez o tribunal en duda sobre su imparcialidad (cit., p. 215)”. Sin embargo, rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el condenado alegando infracción del derecho al tribunal imparcial señalando que “[e]n este contexto cabe afirmar que las situaciones de inhabilidades o impugnancias, que son las manifestaciones legales del principio y garantía que hasta aquí se ha venido analizado, en tanto constituyen circunstancias excepcionales, pues importan la pérdida del ejercicio de la jurisdicción, producen sus efectos desde que han sido manifestadas por el propio tribunal, sea acogiendo algún planteamiento vía recusación amistosa o presentación realizada en dicho sentido; o desde que así lo declare el tribunal llamado a conocer de una alegación de ese tipo, pues es desde aquel instante en que se tiene por configurada la situación de parcialidad que afecta al juez, lo que se traduce, en el caso en concreto, que lo actuado con anterioridad se encuentra amparado en la confianza de imparcialidad, a menos que se probara, previa alegación específica, que el juez actuó en conocimiento de hacerlo bajo causal de inhabilidad, cuestión que no fue planteado por la parte recurrente” (considerando octavo).

por un juez de garantía o con la concurrencia de un juez de tribunal de juicio oral legalmente implicado o cuya recusación estuviere pendiente”, es decir, no abarca aquellas actuaciones que, fuera de tales casos y bajo el prisma de un observador objetivo, pudieran ser consideradas prejuiciosas, hostiles o abusivas con alguna de las partes. Tal comportamiento *solo* podría ser reprochado por el o los condenados invocando la causal del recurso de nulidad del artículo 373 letra a) del CPP que permite solicitar la nulidad del juicio oral y de la sentencia “cuando en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sostenido, en especial a partir de 2012, que esta causal solo puede ser interpuesta por el acusado¹⁰¹. Esta situación genera la interrogante acerca del reconocimiento del derecho –y de otros que emanan de la noción de debido proceso o de procedimiento racional y justo– al tribunal imparcial respecto del Ministerio Público y los querellantes que representan intereses públicos, pues los querellantes-víctimas particulares podrían invocarlo por la vía de la violación de la garantía a la tutela judicial efectiva¹⁰². Para esclarecer esta problemática pareciera relevante hacer referencia a los mecanismos institucionales que el Estado de derecho ha establecido para mejorar la posición *prima facie* desmedrada del imputado frente a la acusación penal que le realiza el Estado y, eventualmente, la víctima-querellante. La desigualdad entre las partes en el proceso penal –la circunstancia de que el ciudadano no está en igualdad *fáctica* de armas frente a la imputación que le hace el Estado, a través del Ministerio Público– es corregida *jurídicamente* en los modernos sistemas de justicia criminal por la vía de establecer el principio (regulativo) de presunción de inocencia que impone el trato del imputado como inocente, con las consiguientes restricciones en la resolución de las medidas

¹⁰¹ Sobre el cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema, que a partir de 2012 (Roles N° 5654 y N° 6831) considera que el Ministerio Público y el querellante carecen de legitimación activa para recurrir contra la sentencia del tribunal del juicio oral por la causal de nulidad de la letra a) del artículo 373 CPP, *vid.* HORVITZ (2015), p. 31.

¹⁰² Sin aclarar expresamente el punto, la SCS Rol N° 3873-2011 acogió el recurso de nulidad por vulneración al derecho al tribunal imparcial en favor de un querellante, en tanto el órgano jurisdiccional incorporó de oficio información “que debió ser producida legalmente en el proceso por quien pretende servirse de ella” (considerando duodécimo).

cautelares personales e intrusivas; que la carga de la prueba corresponde al acusador y que la no satisfacción del exigente estándar de convicción constituido por la “duda razonable” determina, como regla de clausura, la absolución del acusado. A ello se añade que en Chile, desde el año 2000, el Estado garantiza la defensa técnica gratuita del imputado que carece de recursos económicos a través de la Defensoría Penal Pública¹⁰³.

En tales circunstancias, ¿cuál es el estatus jurídico de aquellos intervinientes en el proceso penal, diferentes del imputado, a quienes no se reconoce explícitamente algunos derechos procesales que constituyen la noción misma de debido proceso como el derecho al tribunal imparcial? ¿Pueden invocar el derecho a que su acusación sea conocida y resuelta por un tribunal imparcial sin perjuicio de las cargas que la ley les impone? El problema se produce con la forma en la que se establece la causal de nulidad del artículo 373 letra a) del CPP que por hacer referencia a los “derechos o garantías establecidos por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes” ha conducido a la Corte Suprema a excluir al Ministerio Público y querellantes que representan intereses públicos de la posibilidad de recurrir de nulidad invocando esta causal, por falta de legitimación activa¹⁰⁴. Esta interpretación no solo priva a los acusadores públicos de instar por el

¹⁰³ No obstante esta corregida igualdad de armas entre las partes, es preciso admitir que ella solo es real cuando el imputado tiene acceso a la prueba de descargo que considera importante y está en condiciones de ejercer cabal y oportunamente sus derechos, lo que en una sociedad tremendamente desigual como la nuestra solo se satisface en un cierto nivel económico y cultural. Como señala críticamente Schünemann, “el proceso acusatorio realmente es viable de una forma justa sólo en el marco de un determinado estrato social homogéneo, lo que se pone de manifiesto más claramente en el ámbito de la delincuencia económica. Aquí los imputados tienen una elevada competencia social y unas posibilidades económicas prácticamente ilimitadas, por eso también pueden defender su exigente papel de forma eficaz. El día a día de la justicia penal no está caracterizado por la delincuencia económica, sino por la delincuencia de las clases más bajas, en la que aunque teóricamente se puede otorgar a los imputados una buena posición jurídica, éstos no están ni mucho menos en condiciones de defenderla adecuadamente”. Cfr. SCHÜNEMANN (2007), p. 115.

¹⁰⁴ *Vid.*, entre otras, la SCS Rol N° 5654-2012, considerando décimo, con el voto de prevención del ministro Dolmetsch. Dos años antes había reconocido al órgano persecutor la calidad de titular de la garantía constitucional al debido proceso establecida en el inciso 5° del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República (CPR), en el considerando séptimo de la SCS Rol N° 3003-2010 y, por consiguiente, con legitimación activa para recurrir por la causal de la letra a) del artículo 373 del CPP, con el voto de prevención del ministro Rubén Ballesteros.

conocimiento del recurso ante el máximo tribunal de la República¹⁰⁵, con la importante función nomofiláctica que está llamado a cumplir, sino también restringe las posibilidades de reclamación a los estrechos límites de la causal absoluta de nulidad del artículo 374 letra a) del CPP. Pero si se entiende que la imparcialidad del tribunal es una exigencia que deriva de la noción misma de jurisdicción, ella no solo constituye una garantía del imputado sino también un derecho que incumbe a cualquier persona, natural o jurídica, que pretende la resolución de una controversia en conformidad al derecho con exclusión de cualquier otra variable ajena a esa finalidad. Por ello, se hace necesario establecer una causal de nulidad que reconozca –en aquellos aspectos que resulten atinentes– el derecho (no la garantía) del Ministerio Público y de los querellantes al debido proceso y a cuyo amparo sea posible reclamar, entre otras infracciones, la falta de imparcialidad judicial de un modo más amplio que el consignado en la referida causal de nulidad¹⁰⁶.

Hay diversos fallos de la Corte Suprema que han resuelto recursos de nulidad en los que se ha invocado la vulneración del derecho del imputado a un tribunal imparcial. Así, por ejemplo, se ha dicho que en el ejercicio de la facultad de hacer preguntas aclaratorias al testigo o perito en conformidad con el artículo 329 del CPP, el tribunal deberá hacerlo “*con la mayor prudencia posible, recordando los jueces siempre como coto, que es función exclusiva de las partes incorporar la evidencia en el juicio y mantenerse ajenos al debate adversarial entre ellos*”. Por ello, cuando “*el tribunal decide de propia iniciativa llevar a cabo un improcedente interrogatorio, en el que no sólo excede los márgenes de lo legalmente permitido que son las preguntas aclaratorias, sino que lo que hace en realidad es suplir eventuales insuficiencias en la información lograda transmitir por el persecutor y/o la defensa, de suerte que se entromete en el debido desarrollo*

¹⁰⁵ Excepto que concurra alguna de las hipótesis previstas en los dos últimos incisos del artículo 376 del CPP.

¹⁰⁶ En un fallo de 2011, que acoge el recurso de nulidad interpuesto por un querellante, la Corte Suprema considera “*agravante para el debido proceso que el tribunal concurra a suplir o corregir deficiencias de los litigantes, sumando a su cometido de órgano jurisdiccional objetivo e imparcial, una actividad ajena al mismo*”, lo que ocurrió mediante la “*incorporación de oficio de información que debió ser producida legalmente en el proceso por quien puede servirse de ella*”. Termina señalando que tal “*subsidio procesal*” que suple las omisiones de una de las partes constituye una conducta totalmente contraria al derecho a la imparcialidad del juzgador (SCS Rol N° 3873-2011, considerando duodécimo). Como es evidente, esta infracción no queda abarcada por la causal de nulidad formal del artículo 374 a) del CPP.

*del proceso, transgrede el principio de contradicción y, de paso, afecta su propia imparcialidad y en algunos pasajes derechamente manifestando su dictamen sobre la cuestión pendiente, lo que no puede ser tolerado*¹⁰⁷. En estos casos habría dos aspectos que comprometerían la imparcialidad del tribunal: las preguntas que exceden el margen de la “aclaración” de deposiciones previas y la manifestación de la propia opinión sobre algún punto particular de la deposición que el fallo asimila a emitir un “dictamen” sobre la cuestión pendiente. En el primer caso se afectaría la vertiente objetiva de la imparcialidad; en la segunda, también la subjetiva.

Una cuestión que debe ser esclarecida, sin embargo, es el fundamento de estas restricciones, pues en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos se contemplan poderes probatorios oficiosos en manos de los tribunales penales, como en Alemania, España, Francia, Holanda o Italia¹⁰⁸. El paradigma del juez pasivo en materia de prueba es el anglosajón, modelo adversarial en el que el jurado es dueño de la decisión acerca de los hechos de la acusación y sobre la culpabilidad del acusado. Sin embargo, en estos sistemas el juicio oral es un fenómeno marginal, pues el fin del procedimiento no es la averiguación de la verdad sino la solución del conflicto¹⁰⁹; de allí que la mayor parte de los casos se resuelvan de modo no adversarial sino negociado, a través del *plea bargaining*¹¹⁰. En las antípodas de este modelo está el sistema procesal penal

¹⁰⁷ SCS, Rol N° 4164-2009, de 1 de septiembre de 2009, en que se acogió el recurso de nulidad por estimarse que se infringió el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial en razón de un empleo inadecuado y excesivo de la facultad del tribunal para hacer preguntas aclaratorias en conformidad con el artículo 329 del CPP. *Vid.*, también, entre otras, SCS Roles N°s. 1414-2009, 6165-2009, 9255-2009, 1003-2010, 1407-2010, 2051-2010, 4507-2010, 5661-2010, 300-2011, 3873-2011, 4804-2011, 2126-2012, 5654-2012, 9573-2013, 2389-2013, 29359-2014, 19053-2018 y 19072-2018.

¹⁰⁸ PICÓ I JUNOT, citado por BORDALÍ (2009), p. 290.

¹⁰⁹ LANGER (2004), pp. 7 y ss. Este autor propone entender los arquetipos inquisitivo/adversarial como dos estructuras diferentes de interpretación y significado acerca del proceso penal. En el sistema adversarial la idea de verdad es más bien relativa y consensual: si las partes llegan a un acuerdo acerca de los hechos del caso a través de *plea agreements* o estipulaciones, es menos importante establecer la forma en que realmente ocurrieron los hechos. En cambio, en los sistemas inquisitivos la verdad es concebida en términos más absolutos: se supone que el juez o tribunal debe indagar de modo activo aquello que realmente ocurrió, con independencia de los acuerdos o desacuerdos entre acusador y defensor. LANGER (2004), pp. 10-11.

¹¹⁰ Más del 90 % de los casos son terminados de esta forma, de modo que “detrás de la fachada del tribunal de jurados [el sistema norteamericano] acaba profundamente en la práctica en el antiguo sistema inquisitivo”. *Vid.* SCHÜNEMANN (2007), pp. 111 y ss.

alemán de corte inquisitivo (mixto), porque en el juicio oral quien dirige la práctica de la prueba y se ocupa de que todos los medios probatorios relevantes sean introducidos al debate en aras del establecimiento de la “verdad material” es el propio tribunal¹¹¹. Desde esta perspectiva, la gran crítica dirigida particularmente al modelo estadounidense, junto con la enorme importancia que tienen las salidas procesales negociadas, es que en el juicio oral el juez o el jurado solo podrían hallar una verdad formal limitada a las informaciones que las partes introdujeron en el proceso incluso de modo selectivo o conveniente a sus estrategias¹¹². Sin poder ahondar aquí en las teorías sobre la verdad y su distinto rendimiento epistemológico¹¹³, lo cierto es que nuestro sistema procesal penal requiere por parte del juez la verificación tanto de la hipótesis acusatoria (*quaestio factis*) en base a la descripción típica prevista en la ley penal (principio de legalidad) como de la calificación jurídica de los hechos probados (*quaestio juris*), lo que se asegura a través de la función cognoscitiva de la prueba¹¹⁴. En tal sentido, la imparcialidad del tribunal y el contradictorio son entendidas como garantías de verdad¹¹⁵.

Al no existir jurado en Chile ni, por consiguiente, una división “competencial” entre cuestiones de hecho y de derecho en el proceso penal, pareciera legítimo que el tribunal, que debe fallar cognoscitivamente sobre ambos extremos, pueda efectuar preguntas aclaratorias orientadas a precisar, completar o corroborar los dichos de testigos y peritos¹¹⁶ una vez que estos han declarado pero no “suplir” la inactividad de las partes¹¹⁷. La restricción estará dada, a nuestro juicio, por el test objetivo de imparcialidad establecido por el TEDH y seguido por la CIDH. Por último, es interesante destacar que en sistemas donde existe el jurado, como el caso español, la ley prevé un proceso de selección bastante riguroso en el que participan los abogados de ambas partes

¹¹¹ SCHÜNEMANN (2007), p. 114.

¹¹² Ídem.

¹¹³ Un panorama general puede verse en GUZMÁN (2006), pp. 41 y ss.

¹¹⁴ GUZMÁN (2006), pp. 67 y ss., 99 y ss.

¹¹⁵ GUZMÁN (2006), pp. 137 y ss., 167 y ss.

¹¹⁶ HORVITZ y LÓPEZ (2004), pp. 295 y 303.

¹¹⁷ Lo mismo cabría predicar respecto de la facultad que establece el artículo 337 CPP para que el tribunal pueda constituirse en un lugar distinto de la sala de audiencias “cuando lo considerare necesario para la adecuada apreciación de determinadas circunstancias relevantes del caso”. Sobre el particular, cfr. HORVITZ y LÓPEZ (2004), pp. 311-312.

para evitar suspicacias sobre la actuación de los miembros del tribunal. En la exposición de motivos de la Ley del Tribunal Jurado¹¹⁸ se explica que se “prevé la posible recusación por las partes presentes en el inicio de las sesiones” y que “el fundamento de la recusación admitida, incluso sin alegación de causa por el recusante, no es otro que el de lograr, no ya la imparcialidad de los llamados a juzgar, sino que tal imparcialidad se presente como real ante los que acuden a instar la Justicia”.

IV. LA JURISDICCIÓN MILITAR

La sentencia de la CIDH, de 22 de noviembre de 2005, recaída en el caso *Palamara Iribarne*, dispuso que el Estado de Chile debía adecuar en un plazo razonable el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre la materia “*de forma tal que en el caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo*”. De esta forma declaró que el Estado debía “*establecer límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares [...]*”¹¹⁹. Humberto Palamara Iribarne era un oficial retirado de la Armada de Chile que se desempeñaba como empleado civil a contrata en la misma y fue procesado por la jurisdicción militar de tiempos de paz en 1993 y condenado en 1994 por los delitos de incumplimiento de deberes militares, desobediencia y desacato por haber escrito el libro *Ética y Servicios de Inteligencia*, intentado su publicación y efectuado declaraciones en prensa a su respecto. El fallo de la Corte señaló que “[e]n el presente caso, la amplitud de la jurisdicción penal militar aplicada al señor Palamara Iribarne trajo como consecuencia que se juzgara a un empleado civil a contrata en el fuero castrense por la comisión, inter alia, de conductas que atentaban contra los ‘deberes y el honor militar’ o suponían ‘insubordinación’, como lo son los delitos de desobediencia e incumplimiento

¹¹⁸ Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado, dictada en razón de lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución española que establece: “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine”.

¹¹⁹ Párrafo 269 punto 14 de la decisión resolutive de la sentencia de 22 de noviembre de 2005.

de deberes militares, establecidos en el Código de Justicia Militar (CJM), así como delitos que atentan contra el 'orden y la seguridad públicos', como lo es el desacato"¹²⁰. Más adelante la Corte afirma categóricamente: "[c]laramente las conductas por las que fue condenado el señor Palamara Iribarne no pusieron en peligro los bienes jurídicos militares susceptibles de protección penal"¹²¹. La Corte consideró infringido el artículo 8.1 CADH en tanto Palamara tenía derecho a ser juzgado por el juez natural, esto es, por la justicia ordinaria¹²² y, sin embargo, lo fue por tribunales "*que no tenían competencia para hacerlo*"¹²³; que tenía derecho a un tribunal independiente e imparcial¹²⁴, lo que implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia¹²⁵. Aparece claro que para la Corte la violación del derecho al tribunal imparcial involucra también el derecho al juez natural, competente e independiente¹²⁶.

No obstante el carácter perentorio del fallo *Palamara*, solo recién, con la dictación de la Ley N° 20.477, de 30 de diciembre 2010, se reformó de modo significativo la competencia de la jurisdicción militar excluyendo de la misma a los civiles y los menores de edad. En efecto, el artículo 1° de la citada ley, bajo la rúbrica "Disposiciones especiales sobre el Sistema de Justicia Militar", estableció que "[e]n ningún caso, los civiles y los menores de edad, que revistan la calidad de víctimas o de imputados, estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal". El fallo de la Corte solo limitó la competencia de la jurisdicción militar, pero la dejó a salvo a pesar que de modo evidente su estructura no satisface los requerimientos establecidos por ella misma para afirmar la existencia de genuinos tribunales de justicia.

¹²⁰ Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 133.

¹²¹ Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 134

¹²² Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 143.

¹²³ Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 144.

¹²⁴ Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 145.

¹²⁵ Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 146.

¹²⁶ Esta asociación también se reconoce por el máximo tribunal nacional, así en SCS Rol N° 3873-2011, considerando octavo, y en Rol N° 4804-2011, considerando quinto.

En efecto, el mecanismo de nombramiento de los jueces militares, la sujeción a la cadena de mando, la ausencia de inamovilidad, la falta de formación jurídica y el régimen disciplinario militar constituyen factores que determinan la violación del derecho del imputado a un juez independiente e imparcial¹²⁷. Es así que, conforme al artículo 13 del CJM, “en tiempos de paz, la jurisdicción militar será ejercida por los Juzgados Institucionales, los Fiscales, las Cortes Marciales y la Corte Suprema”. Sin embargo, los jueces institucionales son funcionarios militares en servicio activo, subordinados jerárquicamente a las autoridades de la institución militar respectiva y, por consiguiente, no ofrecen garantías de ejercicio libre de interferencias de los mandos superiores en el ámbito de la función jurisdiccional. Además, permanecen en sus funciones judiciales mientras ostenten el grado militar legalmente previsto para cada específico puesto jurisdiccional o por el tiempo que determine la resolución de delegación jurisdiccional, por lo que carecen de inamovilidad. Al mismo tiempo, carecen de preparación jurídica, lo que acentúa su falta de independencia¹²⁸. A su turno, los fiscales tampoco poseen independencia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, ni frente al juez institucional –militar en servicio activo de mayor rango jerárquico que además lo califica–, ni frente a los auditores generales bajo cuya dependencia jerárquica se hallan no solo funcionalmente sino también disciplinariamente. Es más, los Auditores Generales pueden tomar conocimiento por sí mismos, cuando lo estimen conveniente, de cualquiera causa pendiente ante los tribunales de su institución, aunque se hallare en estado de sumario o recabar informe¹²⁹, así como dictar instrucciones a los fiscales de su respectiva jurisdicción, de carácter general sobre la manera de ejercer sus funciones¹³⁰. Los auditores generales de la Aviación y Carabineros integran, junto a un coronel de justicia del Ejército en servicio activo –dependiente del auditor general de esa rama– y dos ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, la Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y de Carabineros con asiento en Santiago¹³¹. Semejante flagrante infracción de

¹²⁷ HORVITZ (1998), pp. 132 y ss., DUCE (1998), pp. 337 y ss.

¹²⁸ HORVITZ (1998), pp. 134 y ss.; en el mismo sentido, DUCE (1998), pp. 341 y ss.

¹²⁹ Artículo 37 N° 3 del CJM.

¹³⁰ Ídem.

¹³¹ Por su lado, la Corte Marcial de la Armada, con asiento en Valparaíso, se integra por dos ministros de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, por el auditor general de la Armada y por

los principios de independencia e imparcialidad del tribunal no ha dado lugar a una modificación sustancial de la organización de la jurisdicción militar hasta la fecha¹³².

Pareciera que la razón de su pervivencia está relacionada con la voluntad (y el poder) de conservar una instancia fuerte de disciplinamiento de militares de grados inferiores y, al mismo tiempo, asegurar la impunidad de los altos oficiales de las Fuerzas Armadas a quienes pudiera imputarse la comisión de delitos comunes¹³³. La institución de las visitas extraordinarias que establece el inciso final del artículo 29 del Código de Justicia Militar, recaídas en ministros civiles de la Corte de Apelaciones de Santiago, ha permitido obtener condenas a partir de este siglo¹³⁴.

En las circunstancias anotadas, no sorprende la forma en que la jurisdicción militar resolvió el caso del homicidio de Almonacid en plena dictadura militar¹³⁵: se trató de un profesor miembro del Partido Comunista y líder

un oficial general en servicio activo de dicha institución.

¹³² Sí ha tenido consecuencias al nivel de la jurisprudencia de la Corte Suprema en contiendas de competencia generalmente favorable a la jurisdicción ordinaria. A modo ejemplar, *vid.* los fallos Rol N° 6421-2016, de 7 de marzo de 2016; Rol N° 6424-2016, de 29 de febrero de 2016; Rol N° 23579-2015, de 3 de diciembre de 2015; Rol N° 4465- 2009, de 19 de enero de 2012; Rol N° 268-2013, de 10 de febrero de 2014; Rol N° 18459- 2014, de 26 de agosto de 2014; Rol N° 38680-2017, de 7 de noviembre de 2017; Rol N° 73928-2016, de 2 de noviembre de 2016, y Rol N° 8463-2015, de 4 de agosto de 2015.

¹³³ Así, en la causa conocida coloquialmente como “Milicogate” se develan prácticas antiguas de desfalcos, corrupción y ejercicio abusivo de privilegios que muestran el grado de descomposición de este sector de la administración que, por la función que desempeñan y los constreñimientos heredados de la dictadura militar, quedó prácticamente al margen de los controles políticos y administrativos previstos al efecto y, por cierto, fuera de cualquier enjuiciamiento por parte de los tribunales militares.

¹³⁴ Así, por ejemplo, el famoso caso de exportación ilegal de armas a Croacia ocurrido en noviembre de 1991, tuvo durante catorce años como procesados y luego condenados, entre algunos civiles, a dos militares que no superaban el grado de capitán, sin que jamás comparecieran a declarar a la Fiscalía Militar los altos oficiales de las instituciones comprometidas. Solo en octubre de 2015, la Corte Marcial acogió una solicitud de nulidad de todo lo obrado, dejando la causa en estado de sumario para la determinación de las responsabilidades del mando, designándose como ministro en visita extraordinaria a don Alejandro Solís, quien, al cabo de dos años, dictó sentencia condenatoria en contra de tres generales, un brigadier, un mayor, dos capitanes y dos empleados civiles del Ejército, junto a dos civiles.

¹³⁵ La siguiente narración sucinta de los hechos se extrae a partir del párrafo 82 de la sentencia “Almonacid c. Chile”, de 26 de septiembre de 2006.

sindical que fue detenido cinco días después del golpe militar del 11 de septiembre de 1973 contra el gobierno de Salvador Allende. Miembros de Carabineros de Chile le dispararon, y Almonacid murió al día siguiente en un hospital. A partir de entonces se instruyeron diversos procedimientos judiciales en sede de justicia ordinaria, pero el caso fue sobreesido en 1974. La viuda presentó una querrela criminal y solicitó la reapertura de la causa para luego, después de sucesivos cierres y reaperturas del sumario¹³⁶, radicarse el caso en sede de jurisdicción militar por resolución de la Corte Suprema que resolvió una contienda de competencia el 5 de diciembre de 1996¹³⁷. El tribunal militar sobreesió definitivamente la causa por aplicación del Decreto Ley N° 2.191, de amnistía¹³⁸, resolución que fue confirmada por la Corte Marcial con el voto disidente de una ministra civil¹³⁹. El 16 de abril de 1998, la Corte Suprema declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto en contra la sentencia de la Corte Marcial “por extemporáneo”¹⁴⁰.

Si bien el pronunciamiento de la CIDH estuvo centrado en la inadmisibilidad de amnistiar crímenes de lesa humanidad, también hizo referencia a la violación del artículo 8.1 de la CADH concerniente al derecho a un tribunal independiente e imparcial¹⁴¹ en los siguientes términos:

“El Tribunal ha establecido que en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. Al respecto, la Corte ha dicho que ‘[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso’

¹³⁶ Es importante indicar que el 31 de agosto de 1996, el Primer Juzgado del Crimen de Rancagua “somet[ió] a proceso a [Manuel Segundo Castro Osorio], como cómplice[,] y a [Raúl Hernán Neveu Cortesi], como autor del delito de homicidio de Luis Alfredo Almonacid Arellano” (párrafo 82.14), resolución que fue revocada por la Corte de Apelaciones (párrafo 82.15).

¹³⁷ *Almonacid c. Chile*, párrafos 82.16 y 82.17.

¹³⁸ *Almonacid c. Chile*, párrafos 82.19 y 82.20.

¹³⁹ *Almonacid c. Chile*, párrafo 82.21.

¹⁴⁰ *Almonacid c. Chile*, párrafo 82.23.

¹⁴¹ *Almonacid c. Chile*, párrafo 130.

el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”¹⁴².

En este caso, la falta de imparcialidad del tribunal se deriva de la circunstancia de ausencia del juez natural —que representa al órgano revestido de suficientes garantías del debido proceso— y el derecho de acceso a la justicia cuyo titular es la víctima del delito o sus familiares. Interesa destacar aquí que, para la CIDH, la víctima también tiene derecho al tribunal que resuelva imparcialmente su demanda de justicia. De este modo, aunque no afirma que la jurisdicción militar viole *per se* las garantías del debido proceso¹⁴³, la Corte claramente desconfía de ella tanto desde la perspectiva de la tutela de los derechos del imputado como de la víctima y, por eso, busca restringir su competencia al juzgamiento exclusivo de delitos que protegen bienes jurídicos estrictamente militares cometidos por militares y contra militares. En cualquier caso, llama la atención que tanto en el caso *Palamara* como *Almonacid*, teniendo a la vista la evidente falta de independencia e imparcialidad de los órganos que integran la denominada justicia militar, la Corte se haya abstenido de efectuar un pronunciamiento más contundente al respecto.

BIBLIOGRAFÍA

- ATRIA, Fernando (2007): “La improbabilidad de la jurisdicción”, en COUSO, Javier y ATRIA, Fernando (eds.), *La judicatura como organización* (Santiago, IEJ/Expansiva).
- BECCARIA, Cesare (1774): *Tratado de los delitos y las penas* (traducción de Juan Antonio de las Casas), (Madrid, Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M.).
- BINDER, Alberto y OBANDO, Jorge (2004): *Las repúblicas aéreas* (Buenos Aires, Ad-Hoc).
- BORDALÍ, Andrés (2009): “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* N° 23.

¹⁴² *Almonacid c. Chile*, párrafo 134.

¹⁴³ MEDINA (2005), p. 301.

- BOVINO, Alberto (1998): “La justicia militar y el juzgamiento de civiles”, en MERA, Jorge (ed.), *Justicia Militar y Estado de Derecho, Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 40 (Santiago, Universidad Diego Portales).
- COLEGIO DE ABOGADOS DE CHILE (1990): *Justicia Militar en Chile* (Santiago, Imprenta Montegrande S.A.).
- CONTRERAS, Pablo (2011): “Independencia e imparcialidad en sistemas de justicia militar: estándares internacionales comparados”, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2.
- FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*), (Madrid, Editorial Trotta).
- GALDÁMEZ, Liliana (2010): “Tutela judicial de graves violaciones a los derechos humanos: las actuaciones del juez y las omisiones del legislador chileno”, en *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2.
- GUZMAN, Nicolás (2006): *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica* (prólogo de Luigi Ferrajoli), (Buenos Aires, Editores del Puerto).
- HORVITZ, María Inés (1998): “La justicia militar: justificación, competencia y organización en el derecho comparado. Los principios de independencia e imparcialidad en la organización de los tribunales militares chilenos”, en MERA, Jorge (ed.), *Justicia Militar y Estado de Derecho, Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 40 (Santiago, Universidad Diego Portales).
- (2003): “Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema”, en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 3.
 - (2005): “Estado de derecho y Poder Judicial”, en *Estado de derecho y reformas a la justicia* (Santiago, Universidad de Chile, GTZ, Heidelberg Center y California Western University).
 - (2007): “Independencia de los jueces y estructura judicial”, en Couso, Javier y ATRIA, Fernando (eds.): *La judicatura como organización* (Santiago, IEJ/Expansiva).
 - (2015) (dir.): *El recurso de nulidad en materia penal. Jurisprudencia de la Corte Suprema 2001-2013* (Santiago, Centro de Estudios de la Justicia, Universidad de Chile).

- (2020): “La jurisdicción militar hoy: balance y tareas pendientes”, en COUSO, Javier y HERNÁNDEZ, Héctor (eds.), *Libro homenaje al prof. Jorge Mera Figueroa* (en prensa).
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (2004): *Derecho procesal penal chileno*, tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LANGER, Máximo (2004): “From legal transplants to legal translations: from the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure”, en *Harvard International Law Review*, vol. 45.
- MAIER, Julio (1999): *Derecho procesal penal*, tomo I. *Fundamentos*, 2ª edición (Buenos Aires, Editores del Puerto).
- MEDINA, Cecilia (2005): *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia* (Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile).
- MERA, Jorge (1998): “Razones justificatorias y ámbito de la jurisdicción penal militar en tiempos de paz”, en del mismo (ed.), *Justicia Militar y Estado de Derecho*, *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 40 (Santiago, Universidad Diego Portales).
- (ed.) (2002): *Hacia una reforma de la justicia militar*. *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 3, Serie Publicaciones Especiales (Santiago, Universidad Diego Portales).
- (2008): “Adecuación de la jurisdicción penal militar chilena en tiempos de paz a los estándares internacionales de derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos* N° 4.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2007): “Sistema penal acusatorio. Aspectos problemáticos”, en *Iusta* N° 27.
- SQUELLA, Agustín (2009): “Independencia interna del Poder Judicial: ante quiénes, en qué y para qué tenemos jueces independientes”, en COUSO, Javier y ATRIA, Fernando (eds.), *La judicatura como organización* (Santiago, IEJ/Expansiva).