

ediciones
DER



REVISTA DE ESTUDIOS JUDICIALES

Año 2018 • Nº 5

ediciones
DER



REVISTA DE ESTUDIOS JUDICIALES

Año 2018 - N° 5

REVISTA DE ESTUDIOS JUDICIALES N° 5

© Instituto de Estudios Judiciales

2019 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

Teléfono +56 22 402 96 66

www.derediciones.com

ISSN 0719-8779

Primera edición mayo de 2019 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 1.500 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

INSTITUTO DE ESTUDIOS JUDICIALES

MAURICIO OLAVE ASTORGA

Presidente

RODRIGO CARVAJAL SCHNETTLER

Vicepresidente

FRANCO BRZOVIC GONZÁLEZ

Tesorero

MARÍA SOLEDAD PIÑEIRO FUENZALIDA

Secretaria General

LIDIA POZA MATUS

Consejera

GERARDO BERNALES ROJAS

Consejero

SERGIO ROJAS ABARZÚA

Consejero

XIMENA OSORIO URZÚA

Directora Académica

COMITÉ EDITORIAL

DIRECTOR

Rodrigo Carvajal Schnettler
*Vicepresidente del Instituto de Estudios Judiciales
Juez del Noveno Juzgado de Garantía de Santiago
Profesor de D. Procesal, U. del Desarrollo*

DIRECTOR ALTERNO

Mauricio Olave Astorga
*Juez del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago
Profesor de D. Procesal, U. de Talca, Chile*

CONSEJEROS

Omar Astudillo Contreras
*Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, Chile
Profesor de D. del Trabajo,
Pontificia U. Católica de Chile*

Fernando Atria Lamaitre
*Profesor de D. Constitucional y
Ciencias del Derecho, U. Adolfo Ibáñez, Chile*

Luis Avilés Mellado
*Juez del Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, Chile
Profesor Invitado, U. Adolfo Ibáñez, Chile*

Enrique Barros Bourie
Profesor de D. Civil, U. de Chile.

Gerardo Bernalés Rojas
*Juez del Primer Juzgado de Letras de Talca, Chile
Profesor de D. Constitucional y Procesal,
U. de Talca, Chile*

Andrés Bordalí Salamanca
*Decano Facultad de Derecho, U. Austral de Chile
Profesor de Jurisdicción, U. Austral de Chile*

Haroldo Brito Cruz
*Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Chile
Profesor de D. Procesal, U. de Talca, Chile*

Eduardo Caamaño Rojo
*Profesor de D. del Trabajo,
Pontificia U. Católica de Valparaíso, Chile*

José Luis Díez Schwertter
*Decano Facultad de Derecho, U. de Concepción, Chile
Profesor de D. Civil, U. de Concepción, Chile*

Rafael Gómez Balmaceda
Profesor de D. Comercial, U. de Chile

Milton Juica Arancibia
*Ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia, Chile
Profesor de D. Procesal, U. Andrés Bello, Chile*

María Inés Horvitz
*Directora del Centro de Estudios de la Justicia,
U. de Chile
Profesora de D. Penal, U. de Chile*

Macarena Rebolledo Rojas
*Jueza del Juzgado de Familia de Valdivia, Chile
Profesora de D. Civil, U. Austral de Chile*

Mauricio Rettig Espinoza
*Juez del Segundo Tribunal Oral en lo Penal
de Santiago, Chile
Profesor de D. Penal, U. Alberto Hurtado, Chile*

José Pedro Silva
Profesor de D. Procesal, Pontificia U. Católica de Chile

Raúl Tavolari Oliveros
*Profesor de D. Procesal, U. de Chile
y U. de Valparaíso, Chile*

María Francisca Zapata García
*Jueza del Primer Juzgado de
Garantía de Santiago, Chile
Profesora, U. de Chile*

Francisco Zúñiga Urbina
Profesor de D. Constitucional, U. de Chile

COMITÉ INTERNACIONAL

Armando Segundo Andruet
Magistrado de la Provincia de Córdoba, Argentina
Profesor de Filosofía del Derecho,
U. Católica de Córdoba, Argentina

Alberto M. Binder
Profesor de D. Procesal en Postgrado,
U. de Buenos Aires, Argentina

Perfecto Andrés Ibáñez
Magistrado del Tribunal Supremo, España

Franco Ippolito
Magistrado Consejero de la Corte de Casación, Italia

Ramón Sáez Valcárcel
Magistrado de la Audiencia Nacional, España

Secretario de Redacción
Cristián Bahamonde Guasch

ÍNDICE

Nº 5 AÑO 2018

PRESENTACIÓN	1
ENTREVISTA A TOMÁS JORDÁN DÍAZ. ¿Cambio en la Constitución judicial?	7

I. ESTUDIOS JUDICIALES

La verdad. Consideraciones sobre la verdad y la justicia de transición	19
<i>Taruffo</i>	
¿El fin de las reformas judiciales?	31
<i>Juan Enrique Vargas Viancos</i>	
Lineamientos de la corte interamericana de derechos humanos sobre independencia judicial. ¿Derecho del juez a la inamovilidad?.....	73
<i>Miriam Henríquez Viñas</i>	
Libertad de expresión e independencia judicial.....	89
<i>Pablo Marshall</i>	
¿Hacia el precedente vinculante en Chile?.....	117
<i>Pablo Andrés Becerra Poblete</i>	
Breve análisis de la doctrina y jurisprudencia sobre el estándar de duda razonable en el Derecho Procesal Penal chileno.....	167
<i>Gonzalo Lobos Fuica</i>	
Cosa juzgada y el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil	187
<i>Priscila Machado Martins</i>	

II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIALES

Acoso sexual: una amplia gama de ilicitud y la correcta vía de la tutela de derechos fundamentales.....	207
<i>Daniela Marzi Muñoz</i>	

ÍNDICE

Comentario a sentencia Rol N° 35159-2017 sobre prueba ilícita en el proceso laboral.....	223
<i>Agustina Alvarado Urizar</i>	
Identidad de género: incorporación del Derecho Internacional de Derechos Humanos en sentencias nacionales	237
<i>Susan Sepúlveda Chacama</i>	

PRESENTACIÓN

Cuando ofrecimos la *Revista de Estudios Judiciales* a la comunidad jurídica hace un lustro, asumimos un compromiso de continuidad y enfatizamos el carácter necesariamente colectivo del esfuerzo que culminó con su publicación. Esta vez, llevar a puerto su número cinco y honrar esa promesa nos resultó difícil. En el camino nos vimos asolados por una sequía en el cauce de las contribuciones que dan cuerpo a esta publicación. Esta suerte de inercia terminó resolviéndose en una creciente ansiedad. Sin embargo, cuando nuestras fuerzas declinaban, ahí estuvieron quienes dieron forma definitiva a este esfuerzo. Es por ello que estas líneas estarán destinadas a expresar sinceros agradecimientos hacía nuestros destacados colaboradores y ponderar los aportes que, bajo la forma de entrevistas, estudios, monografías y comentarios, ofrecemos en esta edición.

Ahora, si de agradecimientos se trata, debemos detenernos en un sentido reconocimiento. La riqueza que representa para nuestro acervo editorial la generosidad de quienes figuran en el índice de esta obra no puede llevarnos a soslayar la impronta fundacional de nuestra Revista. Este impulso creador nos dejó un magnífico regalo que solo en la coyuntura mencionada en el párrafo anterior advertimos: se nos había legado una posición verdaderamente privilegiada. A poco andar del distanciamiento físico de nuestras oficinas del principal artífice de esta publicación, descubrimos que tras su partida nos había dejado en un punto estratégico para beneficiarnos de la iniciativa y riqueza de quienes buscaban, con su quehacer intelectual, elevar la mirada por sobre los particularismos y las inercias propias de nuestro sistema judicial y legal. Sin duda esta impronta obró como un impulso que animó el pensamiento y la voluntad de aquellos generosos autores con quienes, al final del día, simplemente hemos compartido el desafío al que nos convidó nuestro querido anfitrión en esta empresa mancomunada.

Con especial énfasis en este número, anima a los aportantes el propósito de avanzar en el conocimiento de la labor específica que desarrollan los jueces en el ámbito del ejercicio de las funciones públicas. Me refiero naturalmente a la jurisdicción y su específico rol entre los poderes, aquel que le impone mediar entre las voces autoritativas del derecho y la necesidad de adaptación a una sociedad en permanente cambio. Se trata del oxímoron entre la

ceguera y la clarividencia de la ley que supo plasmar MONTESQUIEU en el “Espíritu de las Leyes”. La ceguera con que se abordan los casos rutinarios honrando lo que los griegos llamaban isonomía. La clarividencia, que funge rescatando, refrescando y rehabilitando la auténtica coordinación de intereses que subyace en la ley como medio cardinal de solución de conflictos en una sociedad democrática.

Luego, las discusiones que se ofrecen en este número cinco de la Revista pivotan, con un mayor o menor distanciamiento, en torno a este vértice gravitacional: qué tanto debemos ser fieles a la ceguera de la ley y hasta qué medida nos vincula su clarividencia a través de lo que nuestra razón está en condiciones de advertir. En este contexto, lo llamativo es que las materias abordadas en este número de la Revista son enfrentadas bajo el signo de una destacada independencia intelectual. No es accidental la convergencia que se obtiene de modo espontáneo entre autores de orígenes y especialidades disímiles cuando se abandona la defensa de los intereses que tradicionalmente se han atrincherado bajo el paradigma de la seguridad jurídica que tan plácidamente se acomoda junto a la ceguera de la ley y tanto terreno le disputa a su clarividencia.

Todos nuestros colaboradores comparten la autopercepción de la capacidad performativa de su trabajo. Son un ejemplo de abogados que se ven a sí mismos como aportes relevantes al control de las múltiples formas que adopta el poder frente al individuo en el rubro de las interacciones que observan en sus estudios y análisis. Reconocen desde diversas perspectivas que su esfuerzo tiene como objeto a las plasmaciones en el proceso legal de un sistema político y social que se resiste a ser colonizado y domesticado a través del derecho. La unión entre tradición y cambio, entre continuidad e innovación que, a nuestro entender, debe caracterizar a una labor dogmática con futuro, impregna las reflexiones de nuestros aportantes. Si bien ellos son partícipes de una tradición que a todos nos cobija, esta pertenencia no les impide reflexionar sobre sus déficits, que someten a juicio y, a nuestro entender algo teñido de optimismo, consiguen superar.

Las lecturas que se ofrecen en el presente número nos aportan perspectiva para evaluar la contingencia cuando reconocen en el derecho una vertiente del humanismo que debe buscar la vía para reconciliarse permanentemente con su fundamento. La necesidad de avanzar certeramente en profundas reformas legislativas, impregnada de la perspectiva que ofrece ese paño universal que conforma el Derecho Internacional de los Derechos Humanos,

se expresa en las reflexiones de autores como Miriam HENRÍQUEZ VIÑAS, Pablo MARSHALL BARBERÁN, Juan Enrique VARGAS y Pablo BECERRA POBLETE. La comprensión de la ley como una obra que se independiza de su autor, que debe ser capaz de adaptarse a situaciones nuevas y que está haciéndose permanentemente en el obrar de los juristas, se observa en los trabajos de Priscila MACHADO MARTINS, Daniela MARZI MUÑOZ, Agustina Alvarado URÍZAR, Susan SEPÚLVEDA CHACAMA y Gonzalo LOBOS FUICA.

Desde la perspectiva que ofrecen estos trabajos, no puede soslayarse la urgente necesidad de reformas legislativas en ciertos puntos críticos que provean las reglas que una sociedad democrática no podría generar espontáneamente a partir de la acción enteramente libre de las fuerzas e ideologías imperantes, del juego tradicional entre dominadores y dominados que ha acaparado el quehacer de lo que solemos llamar, en cierto sentido reduccionista, la “mejor” tradición jurídica. En manos de una ciudadanía movilizada a través del cauce de la participación y representación políticas está el medio para nutrir la deliberación pública y alcanzar consensos con respeto a los grupos minoritarios y aquellos tradicionalmente postergados.

Sin pretensiones de exhaustividad, el decaimiento de la legislación resulta urgente en aquellos ámbitos necesitados de imparcialidad en las decisiones públicas, tales como el acceso a la protección de la salud cuando está en juego la vida, a la educación cuando se amagan oportunidades consumando una aguda desigualdad, al ingreso y desvinculación de la función pública bajo condiciones decentes, el ámbito de las “pequeñas causas” a que alude Juan Enrique VARGAS, a la tendencia a opacar la igual consideración de sujetos dotados de igual dignidad en las decisiones de toda autoridad dotada de responsabilidad política, gubernativa o social y, en general, en las políticas públicas adoptadas por una comunidad acerca de la participación en los bienes sociales.

El referido marasmo de la legislatura en su rol directivo, tanto de control del poder como de orientación de conductas, obedece a diversas causas, pero podemos converger en que el dominio legal encorsetado por la Carta Fundamental de 1980 reformada debilita sensiblemente el rol del derecho frente al poder. Luego de esta basilar constatación la comúnmente denominada “judicialización de la política” no es más que un síntoma de la erradicación del derecho del ámbito de la construcción política ordinaria e incluso, en ocasiones, de la evolución constitucional que compete a la política extraordinaria.

El derecho debiese evolucionar a la par de los acontecimientos que le rodean. Cada etapa histórica responde a un núcleo de problemas que demandan una legislación de reemplazo que acote los márgenes del debate y reduzca la complejidad, pero que entre nosotros ha devenido en una actividad improductiva que termina erradicando la resolución de los grandes conflictos sociales de su sede natural en las asambleas legislativas generadas democráticamente. Este síntoma anómalo se torna morbosos cuando irrumpe la pretensión de clausurar la discusión aferrándose a una visión determinada del derecho. La cuestión es simple: ¿Cómo podría la jurisdicción resolver liberada del peso de los matices del caso particular? ¿Cómo podría enfrentar aquellas cuestiones que la legislatura abandona a la inercia de los poderes sociales, económicos, ideológicos, religiosos o políticos, sin irrumpir en funciones legislativas –generales y abstractas: constantes e impersonales– al desatender el mérito del conflicto específico? Frente a la pulverización de la plenitud y consistencia del sistema legal ante la emergencia de problemas sociales urgentes, a los jueces no les queda más que la sincera brega por el triunfo de su convicción en la suerte del conflicto que ha llegado a sus estrados.

Aquellos que, amparándose en propósitos de fiscalización desde su rol de observadores en la sociedad civil, movidos por ofrecer una descripción aséptica de los datos que provee la práctica, descuidan valorar la relación constante entre tradición e innovación que la misma ofrece y reducen el horizonte de sentido al quehacer sustitutivo de una función estatal ajena que emprenden los jueces. Reducida la apreciación de cómo se resuelven los problemas que enfrenta nuestro sistema jurídico, a la organización de datos que proveen herramientas cuantitativas, no es de extrañar que los valores de la certeza y previsibilidad aparezcan honrados con debilidad. Sin valorar la necesidad y dirección de los cambios, no se comprende si lo que anima a la descripción ofrecida bajo una perspectiva crítica teñida del realismo estadístico es frenar el avance o más bien impacientarse porque este no logra consolidarse “de una vez por todas” o “de una vez y para siempre”, como dirían los acérrimos partidarios de esta posición frente al cambio en el derecho.

Pero ¿no será tal vez la conciencia de un grupo de interés que mueve a sus adeptos a buscar respuestas convergentes con sus apetencias y circunstancias, esto es, la idea de conciencia aparente?

Si la añorada consistencia de las decisiones judiciales a través del tiempo se alimenta de una tradición que urge superar, que se encuentra en constante

tensión, es razonable sustentar que tras la exposición de los datos que una investigación de campo ofrece como contradictorios o erráticos, no hay más que una vetusta ancla oxidada que hunde sus brazos en el pasado. Aferrados a ella, se promueve el inmovilismo funcional a la defensa de intereses determinados que tienen como envés pretensiones tradicionalmente postergadas. Su orgullosa posición de observadores y controladores de una certeza que no es más que el lastre del pasado, les impide advertir la riqueza de lo que frente a sus ojos se despliega en la tensión entre el proceso jurídico y el fenómeno político contingente con sus inercias eternizándose.

Recuerdo que hace algunos años, bajo la etiqueta de la “vulgarización jurídica” fue resistido el progresivo avance de los cambios profundos en la concepción que abrigaba la jurisprudencia sobre la culpabilidad penal o la corrección judicial de la inequidad manifiesta en las relaciones de intercambio, entre muchos otros progresos que bien pueden catalogarse de históricos para nuestro ordenamiento. Hoy, la degradación al análisis estadístico de los problemas que debe enfrentar nuestra comunidad y la crítica amparada en la inconsistencia de las cifras que pueden llegar a obtenerse en un proceso de avance bajo lo que puede ofrecer la herramienta judicial, sustituto imperfecto de la agencia legislativa, asume la tensión inherente al proceso de crisis que convoca el abandono de estructuras tradicionales como un rasgo pernicioso para la relación entre individuo y Estado, bajo la defensa incondicionada de la certeza. En ello no podemos soslayar el grave error en que se incurre, atribuible a un manifiesto déficit de diferenciación.

No podemos dejar de plasmar nuestra profunda discrepancia e identificar el clima de transición que queda en evidencia a través del diálogo al que ingresan los autores que dan forma a esta entrega, entrelazando las hebras del paño general que alberga nuestra razón de existir como judicatura, esto es, nuestro particular y exclusivo aporte en el ámbito de los poderes públicos en el Estado constitucional y a lo que este puede llegar en un contexto de anemia legislativa.

En suma, todo lo expresado no es más que reflejo del espacio que queremos ocupar, a tientas, pero con la intención de explorar un ámbito distinto del que capta la atención cotidiana de un ocupado juez o abogado litigante, de propuestas a las que les costaría algo más darse a conocer de no existir este espacio. Nos mueve el propósito de convocar al lector actual, ojalá en un número importante, pero también captar al lector de diez años más, aunque sean unos pocos interesados y, especialmente, aunque parezca

excesivamente pretencioso, de ese lector que, dentro de cien años, aunque sea singular, probablemente despreciará el valor negativo que algunos vinculan hoy a la disidencia y la vacilación, sin reconocer en ello los clivajes propios de la reconciliación de los jueces con su rol fundamental cuando es más necesario.

El Director

Santiago, diciembre de 2018.

ENTREVISTA AL ASESOR PARA EL PROCESO
CONSTITUYENTE EN LA SECRETARÍA GENERAL DE LA
PRESIDENCIA, DON TOMÁS JORDÁN DÍAZ
¿CAMBIO EN LA CONSTITUCIÓN JUDICIAL?

1. **Para empezar, me gustaría que se refiera a algunos aspectos de su carrera profesional. Por ejemplo:**
- a. **¿Qué fue lo que lo llevó a estudiar Derecho y luego realizar estudios de posgrado en materia constitucional?**

El tema vocacional está íntimamente ligado a una identidad familiar. Mi padre, en la ciudad de Linares, fue abogado de asociaciones campesinas para la reforma agraria y luego se desempeñó en los consejos de guerra bajo la dictadura militar, defendiendo personas que habían sido detenidas por militares. Crecí en un ambiente donde los temas jurídicos estaban estrechamente ligados a los asuntos públicos y el aporte a la sociedad.

En lo profesional, mi primer trabajo importante fue ser asesor legislativo para la reforma de salud durante el gobierno del ex Presidente Lagos, entre los años 2002-2004. Junto con co-escribir proyectos de ley y tramitarlos en el Congreso, me correspondió asesorar en la resolución de los problemas constitucionales que iban apareciendo durante la tramitación legislativa. A partir de ahí, el derecho público, y en particular el derecho constitucional, se transforma en mi especialidad.

- b. **¿En qué áreas se ha desempeñado?**

Mi mundo preeminente ha sido el público, ligado a derecho constitucional y administrativo. He sido asesor de seis ministros de Estado en estas materias. También soy profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Alberto Hurtado. Hoy, luego del segundo gobierno de la Presidenta Bachelet, volví a ejercer privadamente en una oficina especializada en derecho regulatorio.

Como señalé antes, asesoré legislativamente la reforma de salud impulsada en el gobierno del ex Presidente Lagos. Luego, fui asesor constitucional y administrativo y jefe de la División Jurídica del Ministerio del Interior en el primer mandato de la Presidenta Bachelet. Ya en su

segunda administración, asesoré al Ministerio Secretaría General de la Presidencia en el diseño y ejecución de diversas reformas político-legales que modificaron las reglas del sistema de partidos y su financiamiento. El año 2014 fui miembro de la Comisión Asesora Presidencial que buscó elaborar una propuesta de reforma al sistema privado de salud, y en 2015 fui secretario ejecutivo de la Comisión Anticorrupción, conocida como Comisión Engel. Además, desde el año 2014 hasta marzo de 2018, coordiné el diseño y ejecución del Proceso Constituyente impulsando por la Presidenta Bachelet.

En el mundo privado he ejercido en materias de derecho público, informes y litigación constitucional y administrativa.

c. **¿Cuál ha sido su trayectoria y principales logros profesionales?**

Entre los 27 y 30 años me tocó participar en la co-redacción y trámite en el Congreso de la ley que creó el Sistema de Garantías Explícitas en Salud y la nueva Superintendencia de Salud. El GES vino a establecer por primera vez una lógica de seguridad social a la salud en Chile y como derecho social exigible. En especial, me tocó participar en el diseño del modelo de exigibilidad de dichas garantías explícitas que tiene un nivel administrativo y otro jurisdiccional. Este modelo ha sido replicado posteriormente en otras normas y superintendencias. En la misma ley me correspondió crear las reglas de responsabilidad extracontractual del Estado en materia sanitaria, norma que permite cerrar la discusión entre responsabilidad objetiva o falta de servicio. El texto sigue el segundo modelo.

El otro logro fue la reforma política del gobierno pasado. Me tocó participar en el diseño y tramitación de los proyectos de ley vinculados a nuevas reglas del juego para los partidos y su financiamiento público; más democracia interna, y mayores niveles de control, transparencia y fiscalización por medio de un nuevo SERVEL como autonomía constitucional. Establecer nuevas reglas sistémicamente fue un desafío de proporciones y lo más importante en los últimos 40 años.

Junto con ello, pavimentamos el camino hacia el cambio constitucional que derriba el mito de que las democracias estables no pueden cambiar su Constitución, más aun a través de una etapa participativa única en la historia constitucional chilena, en que 204 mil personas discutieron sobre sus visiones constitucionales, quedando expresados en las Bases Ciudadanas para la Nueva Constitución.

d. ¿Cómo podría resumir su pensamiento en materia constitucional?

Republicano, democrático y social. La vida asociada se da en el espacio público, en los asuntos públicos y cultivando la amistad cívica. Creo fielmente en el juego de mayorías, el respeto a las minorías, y en el consenso y disenso político. Entiendo –como Hanna Arendt– que el pluralismo es la esencia de la política, no el antagonismo. El pluralismo, a través del diálogo deliberativo, nos permite ir en la búsqueda de los elementos constitucionales compartidos que regulan nuestra vida asociada. Esto forja lo que yo denomino “compromiso constitucional”. La Constitución es un acuerdo político y social, no una imposición de un sector sobre otro. A mi juicio, ese consenso comprende no solo las libertades (tesis clásica del liberalismo) sino también los derechos sociales.

e. ¿Cuáles son los hechos de la historia de nuestro país que más han influido en su visión constitucional?

Es muy interesante el periodo constitucional de la década de 1820-1830, en especial el proyecto constitucional liberal y federalista.

También todo el proceso democratizador que abarca desde la segunda mitad del siglo XIX hasta la década de los 70 en el siglo XX. El fortalecimiento de las instituciones democráticas y la ampliación del sufragio. Luego, la república democrática bajo la Constitución de 1925. El surgimiento del Estado social (la consagración de derechos sociales y la función social de la propiedad) y el afianzamiento de las libertades públicas. Me parece que el ciclo democrático y social que vivió Chile hasta 1973 formó, y nutre, gran parte de la cultura política y constitucional actual.

También influye el golpe de Estado y la ruptura constitucional. Este nos impone a los demócratas un compromiso inquebrantable, y sin dobleces, con el régimen democrático y los derechos humanos.

Usted se desempeñó como coordinador en el equipo programático del gobierno, que tenía por misión proponer una nueva Constitución para Chile.

f. ¿Qué función le correspondió realizar?

Me correspondió participar en dos ámbitos que están ligados. Por una parte, como asesor para el diseño y tramitación legislativa de las reformas políticas legales. En segundo lugar, fui asesor y coordinador del equipo que diseñó y ejecutó el Proceso Constituyente, es decir, la propuesta de la ex Presidenta Bachelet para el cambio constitucional.

Ambas reformas están vinculadas intrínsecamente, porque no es posible avanzar hacia una nueva Constitución sin un sistema de partidos y un Congreso re-legitimado. El Congreso tiene rol clave no solo en el sistema democrático sino que en todo cambio constitucional.

g. ¿Cómo llegó a desempeñar esa función?

En 2013 fui parte del equipo constitucional del comando presidencial de la ex Presidenta Bachelet. Este grupo, lamentablemente, no llegó a acuerdos en áreas tan importantes como el régimen político ni en el mecanismo de cambio a la Constitución. Ese fue su error.

Siendo así, se hizo necesario elaborar una nueva propuesta. Electo el gobierno, fui llamado por la ex ministra SEGPRES y actual senadora Ximena Rincón para hacerme cargo del diseño y ejecución de una fórmula para el cambio constitucional. Así nace el Proceso Constituyente Abierto a la Ciudadanía.

h. ¿Qué podría comentarnos del trabajo realizado en este proceso constituyente?

Partimos de un diagnóstico que abarcaba tres cosas. Primero, que Chile estaba iniciando un nuevo ciclo político post-transicional que hoy vemos con mayor claridad. Segundo, que el cambio constitucional solo es posible en Chile si hay acuerdos políticos amplios y legitimidad social. La participación pública cumple un rol central en este segundo punto. Por último, y consecuencia de lo anterior, que nos falta un acuerdo constitucional fundante y compartido, cuestión que no hemos tenido, sino solo reformas parciales y coyunturales.

Así, desde marzo de 2014, iniciamos el trabajo de diseño. Básicamente la propuesta comprendía tres momentos: una etapa participativa (nunca antes desarrollada en materias constitucionales), concretada en 2016. Luego, la discusión constitucional en la sede constituyente que determinará el Congreso Nacional y que tendría como insumo la propuesta de nueva Constitución que envió la ex Presidenta Bachelet. La tercera instancia, y última, sería el plebiscito final ratificadorio.

i. ¿Cuál es su opinión de los participantes en esta labor?

Quisiera referirme a la etapa participativa. Esta ha sido una de las experiencias constitucionales más relevantes que se han realizado. Participaron 204 mil personas. A nivel comparado no existe un proceso participativo similar en el mundo, ni en número de participantes ni en cuanto a deliberación pública. Hoy es estudiado en todo el mundo.

Estuvimos el año pasado con la presidenta del Consejo Constitucional de Islandia –país que admirábamos por su proceso participativo–, y ella expresó su plena admiración por la etapa participativa chilena tanto por la cantidad de personas como por la forma en que se realizó. También la OCDE realizó un análisis exhaustivo del modelo chileno y señaló, por ejemplo, que los encuentros locales auto-convocados –que es una creación de la SEGPRES– eran una forma de democracia directa y deliberativa.

j. **¿Cuál sería su diagnóstico personal acerca de las debilidades y fortalezas de la Constitución en vigor?**

Hay que partir de ciertas cuestiones que me parecen indubitadas. Llevamos 38 años de discusión constitucional, con 40 leyes de reforma constitucional (la última en julio de 2018). Si aun así el asunto constitucional no se ha podido cerrar, hay un hecho también claro: la Constitución actual no nos identifica a todos. Esto no es mero capricho, sino que no ha existido un consenso constitucional constituyente, sino un texto no consensuado que se ha ido parchando progresivamente.

En concreto, la Constitución tiene graves falencias en el diseño y operación del régimen político presidencialista y en el modelo de derechos fundamentales. Es decir, la columna vertebral de todo texto constitucional. Sobre el régimen político, los grandes defectos del sistema son cuatro: primero, no permite realizar un gobierno de mayorías, pues el Ejecutivo está amarrado a la minoría del Congreso y el Tribunal Constitucional opera como tercera cámara en favor de esa minoría. Segundo, el Congreso es sede de cacicazgos individuales y no de partidos políticos fuertes con quienes el gobierno pueda lograr acuerdos. La negociación siempre es con cada parlamentario individualmente. Tercero, el modelo no tiene mecanismos de salida frente a un conflicto entre poderes y crisis sistémica. Cuarto, la ciudadanía no tiene ningún rol en el sistema político.

Sobre el modelo de derechos fundamentales, resumiría sus defectos en tres: primero, hay derechos que faltan, como el libre desarrollo de la personalidad, los derechos de las mujeres, de los pueblos indígenas o de los niños y niñas y adolescentes, derechos parte de constituciones más modernas. Las constituciones deben expresar los cambios culturales de los países, modernizarse. Segundo, hay un desequilibrio en la tratativa de los derechos donde la constitución económica es preeminente por

sobre los derechos sociales. Tercero, ligado a esto último, el mecanismo de tutela de los derechos es parcial, es decir, solo ampara algunos derechos, lo que ha llevado a la judicialización extrema del derecho de propiedad, el cual debe extremar su significado para tutelar otros derechos tales como salud o trabajo.

2. ¿Cuál sería su diagnóstico personal acerca de las debilidades y fortalezas de la Constitución en las materias relativas al Poder Judicial y en general a la función jurisdiccional?

El poder judicial debe estar asentado en un texto constitucional con base a un valor principal y dos principios básicos: el valor de la libertad y los principios de independencia judicial e imparcialidad del juez. Todos están ligados. El juez, primeramente, debe ser libre, gozar de autonomía en su rol. Fallar de acuerdo a los hechos y el derecho aplicable. Así concurre la independencia judicial que se extiende a dos áreas, una externa, donde debe regir el principio de separación de poderes e interdicción de la arbitrariedad, es decir, que el Poder Judicial debe ejercer su labor sin interferencia de terceros. En este sentido, no me parece correcta la atribución constitucional actual que tiene el presidente(a) de la República de velar por la conducta de los jueces. En el interno, el sistema judicial debe garantizar la independencia del juez. Así, se debe garantizar la ausencia de presiones o temores a la jerarquía judicial, y eso me parece que tampoco está bien resuelto.

La imparcialidad también tiene que ver con la libertad, pero opera en concreto, que el juez no tenga ningún prejuzgamiento en una causa. Esto es una garantía para la labor del juez y las partes en juicio.

3. ¿Qué opina sobre el planteamiento de introducir un Consejo Superior de la Magistratura u otro órgano equivalente de gobierno judicial?

En primer lugar, me parece que algo falla hoy en el modelo que la Corte Suprema tiene la dirección disciplinaria y correccional de los jueces. Inhibe una carrera judicial libre. Este es un tema de diseño institucional, no de quienes ejercen de jueces en la Corte Suprema. El diseño no garantiza la libertad al radicar en el superior jerárquico el control sobre los jueces. Esto genera una tendencia al disciplinamiento. Ello es claro, pues son los propios jueces inferiores quienes no están de acuerdo en ello y tienen propuestas al respecto. Lo viven día a día.

4. En relación con la pregunta anterior, consta en diversas publicaciones acerca del debate académico en relación con el proceso constituyente

(ZÚÑIGA URBINA, Francisco (coord.). *Nueva Constitución y momento constitucional, visiones, antecedentes y debates*. LegalPublishing y Thomson Reuters, Santiago, 2013; SIERRA IRIBARREN, Lucas (ed.). *Diálogos constitucionales. La Academia y la cuestión constitucional en Chile*. Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2015, y SIERRA IRIBARREN, Lucas (ed.). *Propuestas constitucionales. La Academia y el cambio constitucional*. Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2016) que una proporción importante de profesores de Derecho Constitucional y Administrativo de destacadas universidades del país comparten la propuesta de introducir un órgano de gobierno judicial, llámese Consejo Superior o General del Poder Judicial, de la Magistratura o la Judicatura. En ello se observan las experiencias de países de la región como Perú, Colombia o México, y de naciones europeas como España, Francia o Italia. La propuesta fue vertida en el Programa de la candidatura de la ex Presidenta Michelle Bachelet (p. 22, documento consolidado) en términos de entregar el gobierno del Poder Judicial a “un órgano integrado pluralmente y nombrado por los poderes públicos democráticos y con el cual se relacionarán la Corporación Administrativa del Poder Judicial y la Academia Judicial”. De hecho, se llegó a la redacción de un articulado en el Programa de reformas constitucionales que el pre candidato presidencial Andrés Velasco aportó para las elecciones primarias de junio 2013, en el que se encomienda la superintendencia disciplinaria y económica sobre los tribunales de la República a un Consejo de la Justicia, conformado por nueve miembros con derecho a voto, de los cuales cinco serán elegidos por los magistrados de Cortes de Apelaciones y jueces, y cuatro serán designados por el Presidente de la República con aprobación del Senado, previa selección técnica. Se expresa en la propuesta constitucional de Velasco, además, que dicho órgano no podrá invalidar resoluciones jurisdiccionales en ejercicio de sus facultades disciplinarias.

- a. Respecto de los académicos que se oponen a la incorporación del referido órgano de gobierno judicial sustentando que no contribuye a la independencia judicial o que derechamente acarrea un riesgo para la misma, ¿cómo evalúa ese parecer?

Cuando uno diseña instituciones debe considerar dos cosas: el objetivo y el mecanismo para su logro. Un Consejo de la Magistratura es un buen instrumento para la independencia judicial solo si se diseña bien, es decir, si cumple su finalidad y evita que se transforme en un órgano

que replique los problemas del actual modelo o cree otros. En este último caso, por ejemplo, hay que evitar la captura del órgano. Me explico. Si solo lo integran jueces, es probable que ello ocurra porque serán solo los intereses de los jueces que logren una mayoría en el Consejo los que probablemente se impongan. Debe ser un modelo mixto: jueces y abogados externos que se renueven progresivamente. También hay que tener claro otros aspectos, como los quórum para sus acuerdos, la relación con los tribunales superiores y las materias que conocerán y no conocerán.

- b. **¿A qué atribuye la pérdida de la propuesta referida en el curso del proceso que culmina con el Boletín N° 11.617-07 que conduce el “Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República para modificar la Constitución Política de la República”?**

El proyecto de Nueva Constitución optó por habilitar al legislador para que este determine el mejor modelo para el gobierno judicial. Dispone que una LOC (que exigirá la mayoría absoluta en el proyecto de ley, no los 4/7 actuales) es la que regulará esta materia. Me parece que hay un asunto no resuelto entre la Corte Suprema y los jueces que debe ser tratado y deliberado en la discusión constitucional que se produzca, y ahí se examinará si el modelo de Consejo Superior tiene el consenso político suficiente para radicarse en la Constitución o será una ley que lo establezca.

- c. **¿Faltó compromiso ciudadano con el levantamiento de información en la llamada “Etapa Participativa” del proceso? ¿Qué podría haberse mejorado sobre este punto en relación con el diseño gubernativo del Poder Judicial?**

El Poder Judicial fue considerado como muy relevante en la Etapa Participativa. En el 4º lugar en los Encuentros Locales Autoconvocados y Cabildos. Pero también hay que señalar que hay aspectos muy técnicos, propios e internos de la institución judicial que la gente no conoce y no pudo pronunciarse. Así, deben ser particular y específicamente diseñados. Tal es el caso de cuál es el mejor gobierno judicial.

- d. **Según su parecer, ¿en qué fallamos los jueces en este nuevo capítulo de la lucha por separar las funciones de juzgamiento y gobierno judicial?** Creo que hay que comprender que el cambio constitucional es un asunto que ha estado en nuestro debate público por 38 años y que seguramente lo estará por un tiempo más. También que no es una cuestión

únicamente jurídica, sino parte del proceso político. De este modo, más que fallar en algo, mi análisis es que hay que seguir construyendo un consenso jurídico y político sobre su necesidad. No solo con los abogados constitucionalistas, sino también con los partidos políticos, las organizaciones vinculadas al tema judicial, con los tribunales superiores y con el gobierno de turno. La Constitución futura se ordenará en torno a los elementos mínimos compartidos, y el desafío es que el gobierno judicial sea uno de ellos.

5. **¿Fueron convocados al proceso jueces o la asociación gremial que los agrupa? ¿Por qué?**

Se utilizó para la sociedad civil una metodología que podemos denominar de “recepción abierta”, bajo la cual todos los actores interesados hicieron llegar sus propuestas. Universidades, centros de estudios, partidos políticos, etc. Es así que la Asociación de Magistrados se reunió con diversos ministros, instancias en las cuales entregó sus propuestas sobre modificaciones al capítulo del Poder Judicial.

6. **¿Cuál sería su mensaje a los jueces chilenos en relación con el proceso constituyente?**

Que el proceso de cambio constitucional, si logramos un acuerdo básico compartido sobre los asuntos constitucionales, solo puede dispensar un afianzamiento del principio de certeza en materia constitucional, cuestión que no ha sido posible hasta ahora. Tener reglas claras, estables (no controvertidas) y no arbitrarias se instituyen como elementos clave para el ejercicio de la judicatura.

7. **Para terminar, ¿cuál es el presente y futuro del proceso constituyente, pues pareciera que no es una prioridad para el Presidente Sebastián Piñera?**

Los cambios constitucionales en democracias estables tienen una característica común: son procesos progresivos, pausados, donde se van construyendo acuerdos ponderadamente, pero son procesos inevitables una vez que se inician. En cambio, las constituciones creadas en momentos de transición son coyunturales y, por ende, más breves. El momento constituyente coyuntural chileno ya pasó, debió ser en 1988-1989. Así, nuestro proceso constituyente seguirá su curso con base al primer modelo, el de las democracias estables.

Gracias.

I. ESTUDIOS JUDICIALES

The title is followed by two horizontal lines. The first is a thin, light gray line that slopes slightly upwards from left to right. The second is a thicker, solid gray line that is perfectly horizontal and positioned directly below the first line.

LA VERDAD CONSIDERACIONES SOBRE LA VERDAD Y LA JUSTICIA DE TRANSICIÓN

THE TRUTH

CONSIDERATIONS ABOUT THE TRUTH AND TRANSITIONAL JUSTICE*

TARUFFO**

RESUMEN: En el contexto de la justicia de transición, se aborda la perspectiva del rol jurídico y social de la verdad en la democracia liberal, como condición necesaria para la efectividad del derecho, específicamente para que la administración de justicia consiga superar la vaguedad de significados sobre la verdad en la determinación de las circunstancias de hecho de cada controversia. Asumiendo que la justicia presupone la verificación de la verdad de los hechos, el autor vincula la referida propiedad por la calidad de la construcción de la democracia.

ABSTRACT: In the context of transitional justice, the perspective of the legal and social role of truth in liberal democracy is addressed, as a necessary condition for the effectiveness of the law, specifically so that the administration of justice manages to overcome the vagueness of meanings on the truth in determining the factual circumstances of each controversy. Assuming that justice presupposes the verification of the truth of the facts, the author links the aforementioned property to the quality of the construction of democracy.

* Traducción del italiano de Agustina Alvarado Urizar, Dra. en Ciencias Jurídicas Università degli Studi di Milano y Universidad de Girona. Profesora de Derecho Procesal Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: agustina.alvarado@pucv.cl.

** Investigador de la cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona. Ha sido catedrático de la Università degli Studi di Pavia y profesor visitante en Cornell University (1994-1996), University of Pennsylvania (1997) y en el Hastings College of the Law en la University of California. Ha sido conferenciante en diversos eventos académicos en Europa, Latinoamérica y China. Es miembro de distinguidas asociaciones en derecho procesal comparado, entre otras, del American Law Institute, del Bielefelder Kreis y del Board of Advisors of the new Evidence an Forensic Science Institute (Pekín). Entre sus múltiples publicaciones destacan: *Studi sulla rilevanza della prova* (Padua, 1970); *La motivazione della sentenza civile* (1975); *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana* (1979); *Il vertice ambiguo. Studi sulla Cassazione civile* (1991); *La prueba de los hechos* (2002); *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile* (2002), todas ellas con traducción al castellano; *La prueba* (2008) y *Proceso y decisión* (2012).

PALABRAS CLAVE: Justicia de transición, democracia liberal, verdad, efectividad del orden jurídico.

KEYWORDS: Transitional justice, liberal democracy, true, law order enforcement.

I. INTRODUCCIÓN

Las consideraciones que se apuntan a continuación se refieren a uno de los numerosos aspectos de la denominada justicia de transición, esto es, la búsqueda de la verdad en los crímenes cometidos –sobre todo en el ámbito del terrorismo de Estado– en épocas caracterizadas por regímenes totalitarios y dictatoriales para los cuales la violencia, en sus formas más terribles, constituía una práctica cotidiana en la represión contra el disenso y la oposición política. En efecto, con cada vez más frecuencia se habla de un “derecho a la verdad”¹, sin embargo, como se verá más adelante, el reconocimiento de este derecho es bastante incierto y conoce fuertes variaciones en las diversas situaciones históricas y políticas. Es más, como también se verá, la misma idea de verdad que debería constituir el objeto de este derecho viene definida de manera muy diversa para cada caso, lo que complica ulteriormente los términos del problema.

Haciendo referencia a un tema así de basto y complejo como lo es el de la justicia de transición², es oportuno indicar preliminarmente desde cuál perspectiva se abordará. En el presente caso, la premisa a partir de la cual se estructura el análisis podría ser definida como el valor social y jurídico de la

¹ Cfr. por ejemplo, HERRERA JARAMILLO (2009): “Riconciliazione complessa, conflittuale ed imperfetta”, en *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, al cuidado de E. Fronza y G. Fornasari (Trento), p. 231; HAYNER (2010): *Unspeakable truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2ª edición (New York-London), pp. 23 y s., 195.

² Con razón se ha escrito que la justicia de transición se ha transformado en una industria y un mercado. Cfr. GREASY (2011): *The Era of Transitional Justice. The Aftermath of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa and Beyond* (Abingdon, NY), pp. 5 y s., donde se destaca la tendencia actualmente difundida de adoptar perspectivas holísticas que incluyen los más diversos aspectos: procesos penales, verdad, reparación, reformas institucionales, conmemoraciones, reconciliaciones, entre otras. La literatura sobre estos temas está hoy agotada, e incluye decenas de volúmenes y millones de artículos de revista, en todo el mundo. Por tanto, aquí sería absurda la pretensión de indicar una bibliografía confiable. Así, serán sólo citados los escritos que tengan directa relación el texto.

verdad³, es decir, el rol y la función que asume el concepto de verdad no solo en contextos específicos tales como la ciencia o la teoría del conocimiento, o incluso en la justicia de transición, sino también y sobre todo en el plano más amplio y general de la dinámica social, política y jurídica.

Desde esta perspectiva resulta importante hacer referencia a Bernard WILLIAMS, que en su último libro, dedicado precisamente a la verdad⁴, explica ampliamente las razones por las cuales aquello que él llama las “virtudes” de la verdad, como la sinceridad y la precisión en la referencia a la realidad, representan los factores esenciales de la dinámica social⁵. En lo que aquí interesa, por otra parte, es particularmente relevante el discurso que WILLIAMS desarrolla a propósito de la conexión entre verdad y política. Especialmente interesante parece su argumento “anti-tiranía”, fundado en la consideración de que la verdad constituye una característica esencial de la democracia, en cuanto asegura la libertad de los ciudadanos contra el poder tiránico. El autor destaca que este aspecto no es contingente, sino que constituye más bien una característica *universal* de la verdad y de la democracia, sin perjuicio de que para asegurar la existencia de un sistema inspirado en el *liberalism* también deban concurrir otras condiciones⁶. El citado autor también subraya que la exigencia de que el poder actúe el valor de la verdad determina el factor efectivamente *democrático* en el ámbito del sistema político *liberal*⁷. En el fondo, el valor político de la verdad deriva del hecho de que la medida en que un sistema político funda sus relaciones entre el poder y los ciudadanos en la verdad, determina el grado de democracia del sistema: el poder tiránico se funda en una “verdad envenenada”⁸, es decir, sobre una mentira, mientras que el sistema democrático se funda en el principio de verdad. No por casualidad WILLIAMS, que escribe en el

³ Sobre el punto, *vid* más ampliamente TARUFFO (2009): *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti* (Bari), pp. 92 y ss.

⁴ Cfr. WILLIAMS (2002): *Truth and Truthfulness. An Essay in Genealogy* (Princeton).

⁵ Cfr. WILLIAMS (2002), pp. 84 y ss., 123 y ss.

⁶ Cfr. WILLIAMS (2002), pp. 207 y s.

⁷ Cfr. WILLIAMS (2002), pp. 210.

⁸ Cfr. D'AGOSTINI (2010): *Verità avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico* (Milano), especialmente pp. 79 y ss., donde se aclara que “pretensión de verdad”, es decir, la referencia a la realidad de aquello que se dice, constituye un carácter esencial de todo “buen” argumento.

2002, hace explícita referencia al caso de transición en Sudáfrica, recalcando que la necesidad de acreditar la verdad emerge en la compleja experiencia de transición y en la reconciliación después del fin del *apartheid*⁹.

Por otra parte, la tesis según la cual la verdad constituye una característica fundamental de la democracia *liberal* no es exclusiva de WILLIAMS¹⁰. En la misma línea de pensamiento se encuentran también otros filósofos: por ejemplo, Michael LYNCH insiste en el valor fundamental de la verdad en el contexto de la democracia *liberal* analizando el valor político y social de la verdad, especificando que el relativo concepto “nos permite pensar que cualquier cosa puede ser justa incluso si aquellos que tiene el poder no están de acuerdo”¹¹. La consecuencia es que “*si nos importan los valores liberales nos debe importar la verdad*”¹². Por otro lado, el valor social de la verdad no emerge únicamente en el contexto de la teoría política: basta recordar, por ejemplo, que en el ámbito de las comunicaciones sociales Paul GRICE enuncia la “categoría de la calidad” en función de la cual la comunicación debería excluir aquello que se considera falso y aquello respecto de lo cual no se tienen pruebas adecuadas¹³.

Tomando ahora en consideración una dimensión que en algunos aspectos es más específica, aunque de un significado no menos general, debe subrayarse que el principio de la verdad se configura como una condición esencial para la efectividad del ordenamiento jurídico. Si es verdad, como parece indubitado, que las normas jurídicas, singularmente y en su conjunto, están destinadas a regular los comportamiento de los conciudadanos, parece también evidente que esta finalidad se vería completamente frustrada si los ciudadanos pensaran que la violación de las normas no comporta consecuencia alguna, o que solo provocan consecuencias del todo casuales, o si no existiese ninguna hipótesis creíble sobre las consecuencias de las conductas de los particulares, sean estas conforme o contrarias a cuanto previsto por

⁹ Cfr. WILLIAMS (2002), p. 209.

¹⁰ Sobre la concepción de la democracia como legitimación del poder cfr. en particular HÖFFE (2007): *La democrazia nell'era della globalizzazione*, traducción al italiano (Bologna), pp. 77 y s.

¹¹ Cfr. LYNCH (2004): *A review of time to life: why truth matters* (Cambridge: The MIT Press), p. 211.

¹² Cfr. LYNCH, *op. cit.*, p. 239 (cursiva del texto).

¹³ Cfr. GRICE (1993): *Logica e conversazione. Saggi su intenzione, significato e comunicazione*, traducción al italiano (Bologna), pp. 60 y s.

las normas jurídicas. En otras palabras, la efectividad del ordenamiento jurídico se funda en la hipótesis de que el sistema sea capaz de establecer la verdad respecto de tales conductas, dado que en este caso las consiguientes consecuencias serían conformes a aquellas previstas por el ordenamiento¹⁴.

Más específicamente, la consideración del valor jurídico de la verdad se refiere a la administración de la justicia, en general y en sus variadas articulaciones. En síntesis, puede decirse que¹⁵ –al menos en los sistemas constitucionales en que rige el principio de legalidad– un objetivo esencial de la administración de justicia es la correcta interpretación y aplicación de las leyes en las decisiones relativas a las controversias que se ventilan ante los tribunales, pero la exactitud de tales decisiones (más precisamente: su justicia) depende esencialmente de la acreditación de la verdad sobre las circunstancias de hecho que están a la base de cada controversia en particular. En otros términos, en palabras de Jerome Frank, no existe una decisión justa que se funde en hechos equivocados, es decir: la verdad de los hechos es una condición necesaria para que se arribe a una decisión justa¹⁶.

II. CUÁL VERDAD

Desde la perspectiva ya indicada, la referencia a la verdad podría ser interpretada de manera relativamente simple: descuidando los eternos debates filosóficos en torno a la existencia o la posibilidad de la verdad, y las no menos complejas discusiones sobre los conceptos de verdad que desde siempre han poblado la filosofía del conocimiento, parecería razonable adoptar –especialmente en lo que respecta a la verdad de los hechos en la administración de justicia– un concepto de verdad reconducible a la perspectiva del realismo crítico, que ahora parece recuperar terreno después del final de la parábola posmodernista, y que parece más adecuada en el contexto de la administración de justicia¹⁷.

¹⁴ En este sentido, cfr. FERRER BELTRÁN (2007): *La valoración racional de la prueba* (Madrid-Barcelona-Buenos Aires), pp. 29 y s.

¹⁵ Más ampliamente al respecto, cfr. TARUFFO (2009), pp. 113 y ss.

¹⁶ Sobre el punto, ver TARUFFO (2002): *Idee per una teoria della decisione giusta*, en *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile* (Bologna), p. 225.

¹⁷ Para la justificación de esta opción teórica, ver más ampliamente, y para referencias, TARUFFO (2009), pp. 74 y ss., 135 y ss.

Sin embargo, debe considerarse que cuando el problema de la búsqueda de la verdad surge en el contexto de las fases de transición de los regímenes dictatoriales y totalitarios, caracterizados por la ejecución de miles o decenas o cientos de miles de crímenes, a sistemas democráticos (o cuasi democráticos), el problema se complica por una serie de razones, que aquí solo pueden ser enunciadas en términos generales.

Por una parte, la literatura que trata el problema habla de la verdad en términos muy diferentes de un caso a otro, por lo que parece prácticamente imposible establecer un mínimo de coherencia en los conceptos a los que se refiere. De hecho, a veces, se hace referencia al menos a dos o cuatro ideas de verdad “transicional”: por un lado, se distingue entre una verdad como “reconocimiento”, que se configura como oficial y pública, y una verdad como conocimiento de los hechos¹⁸; por otro lado, se distingue entre la verdad “objetiva” (o forense); verdad personal (o narrativa); la verdad “social” (o dialógica), y la verdad “sanadora” y restauradora, siendo todos conceptos que presuponen una ciencia social no óptima y que presentan fundamentos teóricos débiles¹⁹.

En otras ocasiones, se habla de la verdad con un número mucho mayor de significados, dependiendo de los contextos a que se haga referencia. Así, por ejemplo, se habla de verdad y religión, de verdad y derecho, de verdad forense, de verdad narrativa (personal), de verdad dialógica, de deseo de verdad de las víctimas, de verdad restaurativa dirigida a la reconciliación y a la reparación de los daños, de verdad y política²⁰. A este respecto, vale la pena señalar que en la confusión total de estos discursos no se tienen en cuenta las concepciones de verdad que provienen de siglos de elaboración filosófica, y que hoy caracterizan el “problema de la verdad”²¹. Es fácil comprender que de esta manera se pierde de vista cualquier concepto de verdad, y que hablar de la verdad en contextos tan vagos y variables se convierte en una especie de empresa sin ningún resultado confiable:

¹⁸ Cfr. GREASY (2011), p. 20.

¹⁹ En este sentido, cfr. GREASY (2011), pp. 2 y s., y además pp. 27 y ss., 61 y ss., 102 y ss., 107, 108 y ss., 159 y ss.

²⁰ Cfr. BREEN SMITH (2007): *Truth Recovery and Justice after Conflict. Managing violent pasts* (London-New York), pp. 22 y ss.

²¹ Cfr. por ejemplo, D'AGOSTINI (2011): *Introduzione alla verità* (Milano); KIRKHAM (1995): *Theories of Truth. A Critical Introduction* (Cambridge, Mass.-London).

de hecho, el concepto de verdad termina por disolverse en una cantidad de significados profundamente diversos, muchas veces incompatibles e incoherentes entre sí. Parece evidente, entonces, que es imposible lidiar con la verdad en todas sus numerosas y a menudo indefinidas variantes de significado que de vez en cuando la literatura de transición atribuye al término “verdad”. Por ejemplo, si se habla de verdad como “reconocimiento” por parte del responsable de un crimen, o de parte del Estado en las hipótesis de terrorismo de Estado, evidentemente no se está hablando del conocimiento fáctico de aquello que ha sucedido²²: el reconocimiento puede ser parcial, incompleto, e incluso falso, con el objetivo de esconder todas las reales responsabilidades. Análogamente, si se habla de verdad “narrativa”²³, se alude a versiones respecto de las cuales no se tiene ninguna garantía de verdad objetiva.

A esta confusión se suma el hecho que las Comisiones para la Verdad, de las que se hablará más adelante, han terminado por configurar la “verdad” con la que trataban o con la que intentaban tratar²⁴, de maneras muy diversas, no pocas veces en forma incierta y confusa, a menudo omitiendo indagar sobre hechos relevantes como son los casos de violencia contra la mujer²⁵.

Las premisas que se han indicado anteriormente inducen, además, a centrar el discurso en uno de estos significados. En particular, si se habla de la verdad como fundamento de efectividad del derecho y como requisito necesario de la administración de justicia y de la decisión judicial, se está hablando de verdad *objetiva* (o, si se le prefiere, de verdad *forense*), significando, así, aquello que los juristas normalmente entienden por “verdad”, es decir, la acreditación objetiva y completa, basada en conocimientos y pruebas verificables, de las circunstancias de hecho que subyacen a la decisión judicial. En los casos que aquí importan, es decir, cuando se trata de crímenes contra la humanidad en las diversas formas que han asumido, hablar de verdad objetiva en el sentido completo del término significa que se deben determinar todas las circunstancias en las que ha ocurrido cada hecho criminal en particular, individuando no solamente a las víctimas y

²² Cfr. GREARY (2011), p. 20.

²³ Cfr. BREEN SMITH (2007), p. 26.

²⁴ Sobre el punto, ver en particular HAYNER (2010), pp. 90 y ss.

²⁵ Cfr. HAYNER (2010), pp. 85 y ss.

las modalidades de su asesinato, su desaparición forzada o la tortura que han sufrido, sino también la identidad de los sujetos directa e indirectamente responsables de estos eventos²⁶. Al respecto, se puede observar que no tienen mucho sentido las discusiones –en su mayoría estériles– sobre la distinción entre verdad oficial “histórica”²⁷ y verdad procesal, como si la verdad histórica pudiese prescindir de una evaluación completa, basada en evidencia confiable y verificable, de las circunstancias que constituyen el llamado “hecho histórico” en cuestión. Análogamente, parece difícil hablar de una verdad “social”²⁸ o “colectiva” en la que no se haga referencia a la verdad específica, completa e “individual” de los hechos que son objeto de conocimiento colectivo. El evidente riesgo de estos discursos es que se habla de verdad en términos tan vagos que puede ser completamente desconectada del conocimiento de aquello que *efectivamente* ha sucedido.

De otra parte, mientras en línea de principio no se niega expresamente la oportunidad que en la llamada justicia de transición se busque la verdad de los hechos, e incluso se insiste en esta necesidad, en muchos casos se observa que la búsqueda de la verdad sería contraria con uno de los fines principales de la transición, es decir, con la reconciliación social que debería caracterizar el inicio de una era de democracia y pacificación. En otros términos, se termina por sostener que el silencio y el olvido respecto de los crímenes pasados son el mejor método para facilitar la construcción de la nueva sociedad²⁹. Como fácilmente se intuye, esta orientación puede ser contestada –como en concreto lo es con frecuencia– no solo por las víctimas de los crímenes en cuestión, sino por la sociedad en general, en que puede ser difícil o imposible aceptar que los graves actos de violencia cometidos contra miles de personas sean silenciados en nombre de la pacificación social. Un ejemplo viene dado por el hecho de que en el 2006, un historiador haya publicado en España un libro donde expone los resultados de una investigación amplia y rigurosa sobre las víctimas de la guerra civil, con el significativo título *Contra el olvido*³⁰, en el cual se denuncia enérgicamente

²⁶ En este sentido, ver en particular GREASY (2011), p. 23.

²⁷ Cfr. GREASY (2011), pp. 44 y ss.

²⁸ Cfr. por ejemplo, GREASY (2011), pp. 61 y ss.

²⁹ Cfr., por ejemplo, HAYNER (2010), p. 14.

³⁰ Cfr. ESPINOSA (2006): *Contra el olvido. Historia y memoria de la guerra civil* (Barcelona).

la persistente falta de acreditación completa de la verdad histórica relativa a los crímenes franquistas y donde se critica la difusa tendencia a olvidar tales crímenes.

Como es evidente, se trata de un problema esencialmente político. Los defensores de una posible y esperanzadamente rápida reconciliación tienden a evitar o impedir que realmente se descubra la verdad sobre el pasado y sobre los crímenes cometidos por los regímenes anteriores. A lo sumo se admite que a favor de las víctimas exista alguna forma de reparación, económica o simbólica³¹, y que esto sea suficiente para justificar el silencio sobre lo que realmente sucedió, incluso cuando se trate de graves crímenes que han afectado a decenas o cientos de miles de personas. A veces, esta posición se justifica diciendo que el enjuiciamiento de los perpetradores puede tener costos políticos importantes³² y observando que no solo existe la justicia retributiva, sino también la justicia restaurativa, la justicia de disuasión, la justicia compensatoria, la justicia distributiva, la justicia de rehabilitación, la justicia como afirmación de la dignidad humana y la justicia exonerativa³³. Parece evidente que aquí nos encontramos con el enésimo intento de confundir y hacer vagos los conceptos con los que razonamos, con la consecuente disolución de los significados relativos, en los que pierde importancia la idea de una noción fundamental de justicia que presuponga la verificación de la verdad de los hechos, en nombre de una genérica y esencialmente política tendencia a la restauración de un orden social³⁴.

En este sentido, los posibles puntos críticos son diversos, pero aquí solo podemos mencionar algunos de ellos. De una parte, debe observarse que favorecer el olvido en nombre de cualquier paz social no es generalmente compartido. En efecto, no falta quien sostiene la necesidad de acreditar la verdad de los hechos, sea porque la verdad favorece la obtención de la

³¹ Cfr. LEAN (2003): “Is Truth Enough? Reparation and Reconciliation in Latin America”, en *Politics and the Past. Repairing Historical Injustice*, editado por J. Torpey (Lanham-Boulder-New York-Oxford), pp. 176 y ss.

³² Cfr., por ejemplo, VILLA-VICENCIO (2006): “Transitional Justice, restoration, and prosecution”, en *Handbook of Restorative Justice*, editado por D. Sullivan y L. Tifft (London-New York), pp. 387 y ss.

³³ Cfr. VILLA-VICENCIO (2006), p. 389.

³⁴ Cfr. VILLA-VICENCIO (2006), p. 398.

justicia³⁵, sea porque el resarcimiento o la compensación de las víctimas se considera insuficiente, y se estima necesaria también la sanción penal en contra de los responsables³⁶.

De otra parte, aunque sobre este punto se volverá más adelante, se pueden tener profundas dudas sobre el tipo de paz social que se logra sobre la base de la falta de verdad efectiva sobre los crímenes y las correspondientes responsabilidades relacionadas con los regímenes anteriores. El principal efecto del silencio, en efecto, es que en el “nuevo” orden social se reencuentran todos o casi todos los que en el régimen anterior se habían dedicado a cometer crímenes de lesa humanidad. La historia es rica en ejemplos. Basta con citar el ejemplo de Alemania, donde la reconstrucción de la “nueva” situación política resituó en sus puestos a funcionarios y jueces que habían participado activamente en la represión nazi, pronunciando numerosas condenas de muerte y en los campos de concentración³⁷. Interesante es también el ejemplo italiano, dado que las sanciones penales en contra de criminales fascistas han sido escasas y sustancialmente poco relevantes³⁸. Significativo de las modalidades con que en Italia aviene la transición del régimen fascista a la democracia republicana es el caso de Gaetano Azzariti. Se trata de un jurista famoso y apreciado, que desde 1957 a 1961 fue presidente de la Corte Constitucional. Lo que sorprende, sin embargo, es que Azzariti había sido un importante colaborador del Ministerio de Justicia fascista en la era de las leyes raciales, y que —además— desde 1939 a 1943 había sido presidente del Tribunal de la Raza, órgano que establecía si a determinados sujetos, que declaraban no ser hebreos, les serían aplicadas las discriminaciones previstas por aquellas leyes. Azzariti pasa indemne a través del procedimiento de purga, esencialmente evitando decir verdades incómodas sobre el pasado, y de este modo se transforma en un importante personaje del nuevo sistema democrático constitucional³⁹.

³⁵ Cfr. CLEARY (2011), pp. 21 y ss.

³⁶ Cfr. LEAN (2003), pp. 183 y ss.

³⁷ En este sentido, ver ampliamente MÜLLER (2009): *Los Juristas del Horror. La “justicia” de Hitler: el Pasado que Alemania no puede dejar atrás*, traducción al español (Bogotá), pp. 286 y ss.

³⁸ Cfr. ampliamente, y para referencias, SEMINARA (2014): “Die Aufarbeitung der faschistischen Vergangenheit in Italien Strafrechtliche Probleme”, en *Jahrbuch der Juristischen Zeigeschichte* N° 15, 3-65.

³⁹ Sobre este problema, que tiene un valor emblemático, cfr. BONI (2014): “Gaetano Azzariti: dal Tribunale della razza alla Corte Costituzionale”, en *Contemporanea*, Rivista di storia dell’800 e del ’900 N° 4/2014, anno XVII, pp. 577 y ss.

Estos ejemplos, sin perjuicio de otros que podrían invocarse, muestran claramente cuál es la calidad de la democracia construida sobre la base del silencio referido a todo lo criminal sucedido bajo el régimen precedente: el hecho es que de esta manera los viejos criminales, que escapan masivamente de la justicia, se convierten en buenos y honorables ciudadanos de la nueva democracia. En este sentido, podemos entonces preguntarnos si realmente se puede hablar de democracia cuando se habla de un sistema político que evita sistemáticamente la búsqueda de la verdad sobre sus precedentes históricos inmediatos, no obstante ser clara la cantidad y la calidad de los crímenes entonces cometidos. Haciendo referencia a las ideas de WILLIAMS y de otros mencionados al inicio, la conclusión no puede ser otra que un diagnóstico fuertemente negativo respecto de las pretendidas democracias que sistemáticamente rechazan la búsqueda de la verdad.

BIBLIOGRAFÍA

- BONI (2014): “Gaetano Azzariti: dal Tribunale della razza alla Corte Costituzionale”, en *Contemporanea*, Rivista di storia dell’800 e del ’900 N° 4/2014, anno XVII.
- BREEN SMITH (2007): *Truth Recovery and Justice after Conflict. Managing violent pasts* (London-New York).
- D’AGOSTINI (2010): *Verità avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico* (Milano).
- *Introduzione alla verità* (Milano); KIRKHAM (1995): *Theories of Truth. A Critical Introduction* (Cambridge, Mass.-London).
- ESPINOSA (2006): *Contra el olvido. Historia y memoria de la guerra civil* (Barcelona).
- FERRER BELTRÁN (2007): *La valoración racional de la prueba* (Madrid-Barcelona-Buenos Aires).
- GREADY (2011): *The Era of Transitional Justice. The Aftermath of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa and Beyond* (Abingdon, NY).
- GRICE (1993): *Logica e conversazione. Saggi su intenzione, significato e comunicazione*, traducción al italiano (Bologna).
- HAYNER (2010): *Unspeakable truths. Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2ª edición (New York-London).

- HERRERA JARAMILLO (2009): “Riconciliazione complessa, conflittuale ed imperfetta”, en *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell’esperienza argentina e colombiana*, al cuidado de E. Fronza y G. Fornasari (Trento).
- HÖFFE (2007): *La democrazia nell’era della globalizzazione*, traducción al italiano (Bologna).
- LEAN (2003): “Is Truth Enough? Reparation and Reconciliation in Latin America”, en *Politics and the Past. Repairing Historical Injustice*, editado por J. Torpey (Lanham-Boulder-New York-Oxford).
- LYNCH, (2004): *A rewiew of time to life: why truth matters* (Cambridge: The MT Press).
- MÜLLER (2009): *Los Juristas del Horror. La “justicia” de Hitler: el Pasado que Alemania no puede dejar atrás*, traducción al español (Bogotá).
- SEMINARA (2014): “Die Aufarbeitung der faschistischen Vergangenheit in Italien Strafrechtliche Probleme”, en *Jahrbuch der Juristischen Zeigeschichte* N° 15.
- TARUFFO (2002): *Idee per una teoria della decisione giusta*, en *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile* (Bologna).
- *La semplice verità. Il giudice e la ricostruzione dei fatti* (Bari).
- VILLA-VICENCIO (2006): “Transitional Justice, restoration, and prosecution”, en *Handbook of Restorative Justice*, editado por D. Sullivan y L. Tift (London-New York).
- WILLIAMS (2002): *Truth and Truthfulness. An Essay in Genealogy* (Princeton).

¿EL FIN DE LAS REFORMAS JUDICIALES?

THE END OF JUDICIAL REFORMS?

JUAN ENRIQUE VARGAS VIANCOS*

RESUMEN: Desde el contexto de los procesos de reformas judiciales en América Latina en el curso de las últimas décadas y de aquellas que tuvieron lugar en Chile luego del retorno de la democracia, se analiza la evolución inicial que describe esta tendencia modernizadora, destacándose sus méritos y luego su paulatino decaimiento con el correr del tiempo sin lograr completarse. Se plantean aproximaciones respecto de las causas principales del referido fenómeno de retroceso en las reformas judiciales tanto en el ámbito externo como interno, tales como la pérdida del impulso externo, la percepción de la relación entre el esfuerzo invertido y los beneficios obtenidos, el decaimiento político y técnico de los procesos de reforma y el débil apoyo con que cuentan.

ABSTRACT: From the context of judicial reform processes in Latin America during the last decades and those that took place in Chile after the return of democratic government, the author analyses the initial evolution that delves this modernizing trend, highlighting its merits and then its gradual decay with the time without being able to complete the whole process. Approaches are proposed regarding the main causes of the referred phenomenon of regression in judicial reforms, either in the external and internal sphere, such as the loss of external impulse, the perception of the relationship between the effort invested and the benefits obtained, the decline political and technical aspects of the reform processes and the weak support.

PALABRAS CLAVE: Reformas judiciales, evolución, retroceso, causas.

KEYWORDS: Judicial reforms, evolution, regression, causes.

I. INTRODUCCIÓN

Luego del retorno a la democracia en Chile en el año 1990, el sistema judicial alcanzó una importancia dentro de la política y de las políticas públicas, muy distinta a la que hasta entonces había tenido. De ser un sector

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Correo electrónico: juan.vargas@udp.cl.

que poco importaba y que nada o muy poco había cambiado a lo largo de su historia, pasó a ser uno que experimentó profundas transformaciones en relativamente pocos años. Se sumó así nuestro país a un proceso de reformas judiciales que no solo tuvo de inédito su ritmo y profundidad, sino también el que se desarrollara a la par en casi todos los países de América Latina, constituyéndose así en un verdadero movimiento regional.

Sin embargo, poco a poco ese proceso comenzó a languidecer en el país, las reformas perdieron su ímpetu inicial, quedando algunas a medio camino (como la procesal civil), o derechamente sin haber nunca terminado de despegar (como la reforma institucional a la organización y el gobierno judiciales). En el intertanto, el sector volvió a replegarse sobre sí y su modernización perdió el protagonismo público que, insospechadamente, llegó a colocarlo como un ejemplo de innovación dentro del aparato estatal.

¿Qué paso? ¿Cuáles son las razones que explican este retroceso? ¿Quiénes son los que en definitiva fallaron? Estas son algunas de las preguntas que pretende comenzar a explicar este texto. Para hacerlo, da cuenta previamente de cómo se desarrollaron las reformas judiciales en el país y sus principales características diferenciadoras, para luego formular un conjunto de tesis explicativas de la situación actual. Se trata de una primera aproximación a un tema complejo, por lo que sería imposible pretender analizar exhaustivamente todas las reformas, ni ahondar en todas las variables que han influido en su actual paralización. Por ello sus objetivos son más modestos, concentrándose solamente en destacar aquellas causas que parecen más relevantes y útiles para entender el fenómeno y así poder construir nuevos caminos para la modernización del sector, tal como se avanza al término del texto a modo de conclusiones.

II. TIPOS DE LAS REFORMAS JUDICIALES EN AMÉRICA LATINA

Hace ya algunos años propuse una tipología¹ para describir las distintas estrategias de reforma judicial seguidas en la región. En ningún caso se las definía como estrategias excluyentes pues, de hecho, todos los países experimentaron, en alguna medida, combinaciones de varias de las . Lo relevante

¹ VARGAS (2001): “Las estrategias de reforma judicial en América Latina”. En CASSEL, Douglass, *Implementando el nuevo proceso penal en Ecuador: desafíos y retos* (Washington, Fundación para el Debido Proceso Legal y Fundación Esquel).

es otra cosa, estas estrategias respondieron a diagnósticos distintos, fueron impulsadas por actores diversos, utilizaron también sus propios instrumentos de intervención y, sobre todo, tuvieron consecuencias marcadamente diferenciadas. Comprender todo ello ayudará a entender el fenómeno en su globalidad.

Una primera estrategia que es posible identificar se podría llamar la de la “Ingeniería Institucional” y se caracterizaba por centrar su diagnóstico en los problemas asociados a la falta de independencia judicial, cuestión estrechamente ligada al tipo de gobierno con que contaba el sector, el grado de penetración del fenómeno de la corrupción, la forma como se estructuraba la carrera judicial y, en definitiva, el perfil de jueces que accedían a ella. Las reformas más características de esta estrategia apuntaron a la creación de Consejos de la Judicatura, a cambios en el estatuto de los jueces, en particular, a la forma cómo eran designados y promovidos, y a la creación de escuelas judiciales.

Los Consejos de la Judicatura se crearon siguiendo el modelo de los países europeos post Segunda Guerra Mundial, donde asumieron fundamentalmente la labor de dirigir la carrera judicial, caracterizándose por una integración mixta con internos y externos del Poder Judicial. En América Latina, por lo general, se les asignó además la función de administrar los recursos del Poder Judicial, tarea que en Europa quedó reservada a los ministerios de justicia. Todos los países de la región crearon tales consejos, con la sola excepción de los que se caracterizan por poseer los Poderes Judiciales institucionalmente más fuertes: Chile², Costa Rica³ y Uruguay⁴.

Esta estrategia fue por lo general impulsada por actores que estaban fuera del sistema judicial y se encontraba estrechamente ligada a problemas más bien contingentes en los países que las experimentaron, pues si bien el diagnóstico que las animaba parecía apuntar a cuestiones endémicas de los sistemas judiciales, sus detonantes eran por lo general críticas sobre los resul-

² En Chile, solo el Consejo Directivo de la Academia Judicial constituye una suerte de Consejo de la Judicatura limitado a los temas de capacitación. También en materias administrativas existe el Consejo de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, pero está integrado solo por ministros de la Corte Suprema.

³ En este país existe un Consejo de la Judicatura, encargado de la carrera judicial, pero con integración solamente judicial.

⁴ En Uruguay no existe siquiera un Ministerio de Justicia, siendo el intento de crearlo durante la dictadura fuertemente resistido, pues se lo entendió como un vehículo de intervención.

tados de ciertos casos o el desempeño de determinados jueces, en cuanto a su calidad, idoneidad moral o independencia. Es por ello que la participación de los propios jueces y demás operadores del sistema judicial de los países fue escasa en estos procesos de cambios, los que aparecían diseñados más bien contra los jueces que con su concurso. La cooperación internacional jugó un rol muy importante en estas reformas, particularmente en los procesos de creación de los Consejos de la Magistratura⁵ y de escuelas judiciales⁶.

Estos cambios requirieron de la dictación de nuevas leyes, cuya aprobación aparejó normalmente una fuerte discusión política.

Una segunda estrategia, la podríamos denominar, “tecnocrática modernizadora”. Tras ella encontramos un diagnóstico que indica que los sistemas judiciales funcionaban mal básicamente porque estaban deficientemente organizados, porque no había en ellos un diseño organizacional, ni una definición de procesos, ni un modelo de gestión acordes con el servicio que se deseaba entregar. El problema residía, entonces, en que los sistemas judiciales no incorporaban a su funcionamiento los avances que las disciplinas ligadas a la gestión y a la tecnología habían ido desarrollando, continuando ellos operando más o menos de la misma forma a como lo habían hecho desde la época de la colonia.

Como se comprenderá, esta estrategia resaltaba con un especial énfasis la idea de que la justicia, más allá de ser un valor y muy trascendente, consiste antes que nada en un servicio público que tiene que satisfacer las necesidades de sus usuarios, gente que concurre a los tribunales con sus problemas, para lo cual requiere de una solución pronta, adecuada y costo-efectiva. La eficiencia y la calidad del servicio pasaban en esta mirada a ser los indicadores críticos para evaluar los servicios judiciales.

En esta dirección, las reformas paradigmáticas consistieron en la implantación de nuevos modelos de organización de los tribunales, específicamente la creación de estructuras judiciales corporativas, con secretarías

⁵ Incluso en el caso de Argentina, la puesta en marcha efectiva de su Consejo, creado en el llamado “Pacto de Olivos”, fue una condición impuesta por el Fondo Monetario Internacional para entregarle un crédito al país en el año 1998. PASARA (2011).

⁶ Solo en los proyectos de USAID, del gobierno de Estados Unidos de América, el componente de capacitación judicial (que se tradujo en la mayoría de los casos en la creación de una Escuela Judicial y, en los menos, en el apoyo a una existente) estuvo presente en los siguientes países: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú y República Dominicana.

únicas para un conjunto más o menos amplio de jueces; un nuevo diseño de gestión para los tribunales, con especial énfasis en la profesionalización de estas funciones (“que los jueces se dediquen a juzgar y los administradores a gestionar” era el aforismo), la digitalización de las causas y, en general, la incorporación de la tecnología.

Fue nuevamente muy relevante en estos cambios la acción de la cooperación internacional, particularmente los bancos multilaterales de crédito que operan en la región⁷. El liderazgo de estos esfuerzos reformadores se buscó que lo asumieran directamente las cabezas de los sistemas judiciales, ya fueran las Cortes Supremas o los Consejos de la Magistratura. La idea es que tratándose de reformas, por así decirlo, “gerenciales”, las jerarquías tenían que comprometerse con ellas y llevarlas adelante, tal como sucede en cualquier institución, pública o privada.

En cuanto a los instrumentos, a diferencia de la estrategia anterior, se descreía de las leyes como factor de cambio. Se partía de la base de que leyes hay muchas, que el problema de los sistemas judiciales no era la falta de ellas, ni siquiera de que fueran malas, sino que ellas no se aplicaban y ello sucedía por no existir los diseños organizacionales que realmente permitieran su puesta en vigencia, así como la evaluación de sus resultados. Para quienes sustentaban esta visión, dictar nuevas leyes no garantizaba que se cambiara nada. A diferencia del instrumento legal, estas iniciativas propugnaron la utilización de los mecanismos propios de la gestión, introduciéndose, a través de los diseños organizacionales, las modificaciones a los procesos de trabajo, cambios en las estructuras de mando y de control, tratando de evitar alterar en el proceso el estatuto legal de la institución o bien haciéndolo de forma marginal. Por supuesto, estas reformas implicaron una importante inyección de recursos hacia las instituciones judiciales⁸.

⁷ Entre el año 1992 y 2011, el BID ejecutó proyectos de justicia en 13 países de América Latina, por un monto total de U\$ 305 millones. Por su parte, entre 1993 y 2011, el Banco Mundial los llevó a cabo en 16 países, por un monto total de U\$ 1.204 millones. Disponible en <<https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Jutice%20Reform%20in%20LATAM.pdf>>.

⁸ Realmente los aumentos presupuestarios son comunes a todas las estrategias de reforma que analizamos. Más allá de los resultados que se obtuvieron con estas, si hay algo claro que ha cambiado en la región fruto de todo este proceso, es el abandono del estado absolutamente paupérrimo que caracterizaba a los Poderes Judiciales. Por supuesto, siguen existiendo diferencias muy marcadas entre los distintos países, pero no hay ningún Poder Judicial en la región que no

La tercera estrategia privilegió cambios sustantivos en la definición de los roles y funciones dentro del sistema judicial: se enfocaba más en el funcionamiento de la institución –lo que ella debe hacer y producir– que en las características de la organización que esta se debía darse para lograrlo. Es decir, le interesaba más qué es lo que deben hacer los jueces, como profesionales y detentadores de poder público, que en la institucionalidad que los cobijaba. Se trataba, entonces, de reformas fundamentalmente procesales, cuya orientación común fue sustituir los tradicionales procesos escritos por otros orales y públicos y se desarrolló principalmente en el área penal, estableciendo procedimientos de corte adversarial.

Fueron excepcionales los casos en que los mismos jueces o fiscales impulsaron este tipo de transformaciones⁹, puesto que por lo general se trató de reformas impuestas exógenamente al sistema judicial, desde el mundo académico y político.

Estas reformas, por su naturaleza, reivindicaban el instrumento legal como la gran palanca de cambio en el sector.

Como antes señalábamos, por lo general todas las estrategias antes descritas coexistieron en los distintos países, aunque con énfasis distinto y, en ciertos casos, en momento diferenciados. En cualquier caso, el problema común de las reformas judiciales en la región fue lo poco que conversaron entre sí todas estas distintas estrategias que acabamos de reseñar, yendo unas y otras por carriles separados. Así, las reformas institucionales no se hicieron pensando en las necesidades de implementación de los nuevos sistemas procesales o los cambios tecnocráticos se diseñaron en función de los viejos sistemas escritos y no de la nueva realidad y exigencias que imponía la oralidad.

Probablemente sea esta última razón la que explica el escaso impacto que ha alcanzado este muy intenso proceso de reformas judiciales a nivel regional y el consiguiente agotamiento del mismo¹⁰. La sensación es que se invirtió

haya aumentado significativamente sus ingresos, ni jueces que no hayan visto incrementadas en forma importante sus remuneraciones. Para apreciar cifras comparativas a nivel regional, ver VARGAS (2010a): “La inversión pública en justicia”. En *VII Seminario de Gestión Judicial. La inversión en justicia* (Santiago de Chile, CEJA y Superior Tribunal de Justicia de Río Negro).

⁹ Como fue el caso de Costa Rica.

¹⁰ Una extensa y muy crítica visión del proceso de reformas a la justicia en la región puede encontrarse en PASARA (2014).

mucho capital político y dinero en reformas más o menos gatopardeanas, en las cuales todo aparentemente cambió para que en definitiva todo pudiera seguir igual. La frase más cínica al respecto podría resumirse en que antes teníamos sistemas malos y baratos y ahora, veinte años después, tenemos sistemas malos y caros.

Pero la situación de la reforma judicial chilena no calza exactamente con este diagnóstico regional, lo que justifica esbozar sus particularidades, para luego construir tesis que permitan explicar el estado en que nos encontramos.

III. LAS PARTICULARIDADES DEL PROCESO DE REFORMA JUDICIAL EN CHILE

Históricamente, la primera estrategia de reforma que se desplegó en Chile fue la que hemos llamado “tecnocrática modernizadora”, a la cual se dio inicio durante la dictadura militar¹¹. En esa época, la gestión macro del sistema judicial aún dependía directamente del Ministerio de Justicia, es decir, del Ejecutivo, y fue desde allí que se impulsó una serie de proyectos de transformación, siendo el más significativo el de la introducción de la informática en los servicios judiciales. Se trató, en cualquier caso, de una reforma bastante tímida en sus objetivos y alcances, que operó como una suerte de paliativo ante la decisión política de no tocar sustantivamente a ese sector estatal, pese a que el gobierno militar se preciaba de haber transformado el quehacer público casi en todas sus otras dimensiones. La razón para ello no fue más que la de evitar generar una eventual confrontación con la Corte Suprema, importante aliada y protectora de un gobierno que necesitaba —y mucho— de ese apoyo. De hecho, es célebre la frase de que la reforma judicial se constituyó en la “reforma pendiente”¹² de la dictadura militar, con lo que se comprueba la poca trascendencia que sus mismos impulsores le dieron a los cambios que sí impulsaron.

Como contrapartida, se esperaba que con la recuperación de la democracia comenzara una etapa de profundas transformaciones a la justicia. Tal

¹¹ Ver HAEUSSLER (1991): “Actividades en apoyo de la administración de justicia”. En *Proyecto de capacitación, formación, perfeccionamiento y política judicial: administración de tribunales* (Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria).

¹² VALENZUELA (1991), p. 69.

como habían anunciado los opositores a la dictadura, su estrategia cuando accedieran al poder sería concentrarse en cambios institucionales significativos, con especial énfasis en el sistema judicial, siendo el más emblemático de todos la creación de un Consejo Nacional de la Magistratura, idea en la cual venían trabajando desde hace algunos años al alero del llamado Grupo de los 24¹³. Así fue como el primer gobierno post recuperación de la democracia impulsó con mucha fuerza esta reforma, aunque con escaso éxito.

Esta estrategia de cambio fue consistente con la forma, según ya hemos visto, como se implantaron la mayoría de los Consejos en América Latina durante los años 90, es decir, como una medida externa, que obedecía a un diagnóstico muy crítico al quehacer judicial, en el caso chileno asociado particularmente a lo sucedido en materia de derechos humanos durante la dictadura. De allí la cerrada oposición desde la Corte Suprema y también de las fuerzas políticas que defendían el pasado gobierno, las que, gracias a los sistemas de amarres en el Parlamento que ese mismo régimen se encargó de dejar, lograron impedir que en definitiva la iniciativa avanzara.

Sin embargo, a diferencia de otras experiencias americanas, en Chile la cooperación internacional no jugó un rol importante para impulsar el Consejo. Sí tuvo ésta influencia en otra reforma institucional: la creación de la Academia Judicial¹⁴, que fue uno de los cambios que lograron rescatarse de ese inicial impulso reformador de la institucionalidad judicial y que en buena medida es fruto de los trabajos realizados en el proyecto ejecutado por CPU con apoyo de USAID¹⁵. Los otros proyectos que sobrevivieron y lograron concretarse fueron cambios al sistema de calificaciones judiciales¹⁶, la especialización de salas de la Corte Suprema y la modificación del recurso de queja¹⁷ y el aumento del número de los integrantes de esa

¹³ VARGAS (2018): “La realidad latinoamericana. Ejemplos y modelos: Chile”. En BINDER, Alberto y GONZÁLEZ, Leonel (dirs.), *Gobierno judicial. Independencia y fortalecimiento del Poder Judicial en América Latina* (Santiago de Chile, Global Affaires Canadá y CEJA).

¹⁴ Ley N° 19.346 de 1994.

¹⁵ Este proyecto tuvo otros componentes en materias de administración de tribunales y sistemas alternativos de conflicto, con menores repercusiones. Paradójicamente, su mayor éxito estuvo en el impulso de la Reforma Procesal Penal, pese a que este tema no estaba incluido dentro de sus objetivos iniciales.

¹⁶ Ley N° 19.390 de 1995.

¹⁷ Ley N° 19.374 de 1995.

Corte¹⁸, todas las cuales perseguían disminuir el poder de ese tribunal sobre sus inferiores.

Otra gran diferencia radicaba en que en Chile los problemas de corrupción judicial eran más acotados que en otros países, aunque se venían mostrando signos preocupantes de aumento, paradigmáticamente a través del tráfico de influencias de ciertos integrantes de los tribunales superiores, prácticas a las que se puso fin luego de la expulsión de dos ministros de la Corte Suprema¹⁹.

La conciencia de que eran urgentes los cambios al sector judicial en el país, unida a la sensación de frustración por los escasos y escuálidos resultados obtenidos de ese primer intento reformador, pese al capital político apostado en ellos, fueron los cimientos sobre los cuales se construyó una nueva estrategia de cambios, que dejó de lado los aspectos institucionales para concentrarse en el funcionamiento mismo del sector y en la definición de los roles en su interior. Es decir, se pasó al tercer tipo de reformas judiciales que hemos descrito, partiendo por la justicia criminal²⁰. En este caso sí se contó con el apoyo inicial de la Cooperación Internacional, a través del proyecto de USAID, sumándose a un movimiento regional ya en marcha de reformas similares, con el cual tuvo diversos vasos comunicantes²¹, aunque con dos características que la diferenciaron del resto de la región. Por una parte, el haber optado por un modelo decididamente más adversarial que el de otros países y, lo más importante para estos efectos, por haber avanzado a la par con cambios muy significativos a la organización administrativa y la gestión del sistema judicial²², entendiéndose que esta era clave para una correcta implementación y funcionamiento del nuevo modelo. Así, si en

¹⁸ Ley N° 19.541 de 1997.

¹⁹ El primero de ellos fue Hernán Cereceda, expulsado por el Parlamento por notable abandono de deberes (1992) y el segundo el ministro Luis Correa Buló, sancionado por sus propios pares (2001).

²⁰ Proceso que comienza el año 1994, al término del gobierno de Aylwin.

²¹ Para un análisis más detallado sobre este proceso, ver VARGAS (1998): “La reforma a la justicia criminal en Chile: el cambio del rol estatal”. En *La reforma de la justicia penal. Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie seminario* N° 38 (Santiago, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales).

²² Los cambios más significativos son el establecimiento de juzgados corporativos y la creación de la figura del administrador de tribunales encargado de la gestión de esos despachos plurales.

la mayoría de América Latina la reforma procesal penal se quedó en los cambios legales con impactos limitados en el funcionamiento real de las instituciones judiciales, en Chile el cambio de modelo fue asimilado en todas sus dimensiones, generando realmente un sistema de justicia del todo distinto al que existía con anterioridad.

La participación de los jueces fue escasa en la génesis de esta reforma, cuyo impulso estuvo en la academia y ciertas organizaciones de la sociedad civil, aunque algunos magistrados, a título individual, desempeñaron un papel muy importante en su impulso²³. Pese a ello, en el momento en que la Corte Suprema por mandato constitucional debió pronunciarse sobre el proyecto de ley respectivo, para sorpresa de muchos, terminó por una estrecha mayoría entregándole su aprobación, aunque probablemente más por consideraciones estratégicas de autodefensa que por auténtica convicción. Sin embargo, una vez entrado en vigencia el nuevo sistema, esa misma Corte asumió con decisión y lealtad la tarea de implementarla, cuestión que demostraría ser determinante en los logros alcanzados²⁴.

Particular importancia tuvo la Corte Suprema —y el resto de los tribunales— en asimilar la dimensión “tecnocrática modernizadora” que acompañó el nuevo modelo procesal penal, desde el momento en que las leyes solo se preocuparon de establecer un marco general en la materia, el cual fue llenado de contenido por decisiones cotidianas de esos actores²⁵.

A la reforma procesal penal le acompañaron luego otras reformas con una orientación en principio similar, como la de familia²⁶ y la laboral²⁷, ambas animadas por el objetivo de establecer juicios orales y acompañadas de cambios significativos en el modelo de gestión judicial. El paso siguiente y necesario para completar este proceso de cambios procesales lo debiera haber constituido la reforma procesal civil; sin embargo, hasta la fecha, no ha llegado a concretarse pese a las sucesivas iniciativas elaboradas durante el

²³ Destacándose principalmente el rol del ministro de la Corte Suprema, y después presidente de ese tribunal, Mario Garrido Montt.

²⁴ Ver, al respecto, BAYTELMAN y DUCE (2003): *Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de una Reforma en Marcha* (Santiago, Universidad Diego Portales).

²⁵ VARGAS (2000): “Organización y funcionamiento de los tribunales en el nuevo sistema procesal penal. En *Nuevo proceso penal. Cuaderno de Trabajo* N° 2 (Santiago, Universidad Diego Portales).

²⁶ Ley N° 19.968 de 2004.

²⁷ Ley N° 20.087 de 2006.

primer gobierno de la presidenta Bachelet y en el primer gobierno del presidente Piñera, habiendo el último de estos proyectos alcanzado su aprobación en su primer trámite constitucional, para quedar luego indefinidamente paralizado en el Parlamento.

No solo la reforma procesal civil quedó como asignatura pendiente, también la institucional. El hecho de cambiar de estrategia a la procesal jamás se entendió como una clausura definitiva a los cambios en esa dimensión, sino al contrario, como un tema que necesariamente iba a tener que abordarse como consecuencia de la propia implementación de las reformas procesales. Ello porque se asumió que tales reformas, con su impacto en los regímenes recursivos, necesariamente tendrían consecuencias en el volumen y el tipo de trabajo de las cortes, cuestión que tarde o temprano haría necesaria nuevas transformaciones a ese nivel del quehacer judicial, sin perjuicio de que también se esperaba que pusiera sobre la mesa nuevos y más sofisticados desafíos para el gobierno judicial. Lo anterior se vio reforzado al contener cada una de las reformas procesales su propio modelo recursivo que pusieron en evidencia la necesidad de hacer cambios a las cortes bajo una mirada unificadora de su trabajo.

Pero fue por otra derivada de las reformas que resurge la necesidad de introducir cambios al gobierno judicial. El tema vuelve a introducirse al debate legal en la primera década de este siglo de la mano de la Asociación Nacional de Magistrados y de la demanda que ella enarbola por una mayor horizontalidad en la organización judicial, para garantizar adecuados niveles de independencia judicial. La situación de dependencia frente a los superiores jerárquicos se tornó especialmente anacrónica fruto del rol y poder que los nuevos sistemas procesales les otorgaron a los jueces de instancia. El modelo procesal oral puso en evidencia la necesidad de contar con un Poder Judicial organizado más horizontalmente²⁸.

Y he aquí entonces una vuelta a discutir reformas institucionales de primera generación, en donde nuevamente se posiciona la idea del Consejo Nacional de la Justicia, como la gran reforma faltante al sistema judicial chileno, pero ahora como parte de la agenda gremial de los propios jueces, como una reivindicación contra sus superiores, cuestión inédita

²⁸ Ver VARGAS (2018).

en reformas de este tipo, que además genera una fractura al interior del Poder Judicial²⁹.

La apuesta de la Asociación de Magistrados fue poder colocar esta reforma en la agenda política el contexto de la discusión de una nueva Constitución para el país, tema que adquirió especial importancia durante el segundo gobierno de Bachelet (2014-2018). La Asociación hizo un intenso esfuerzo de *lobby*, primero, para que el tema ingresara a la agenda política, principalmente en los programas de las campañas presidenciales, y, luego, para que fuera incorporado en la propuesta de nueva Constitución que ese gobierno preparó, tarea que incluyó la activa participación de la Asociación en los diálogos ciudadanos convocados al efecto por el gobierno.

Sin embargo, ni en el programa de gobierno de Bachelet incluyó en definitiva el tema del Consejo Nacional de la Justicia³⁰, ni fue parte de los cambios que se propusieron en el nuevo texto constitucional que la presidenta presentó a días de dejar el gobierno, en lo que sin dudas fue el golpe más duro e inesperado para esta reforma.

De allí que las dos reformas más significativas que quedaron pendientes al sistema judicial —la procesal civil y la institucional— se hayan visto frustradas hasta la fecha, sin que al día de hoy existan reales perspectivas de que puedan retomarse en el corto plazo³¹. En lo que sigue, analizaremos las razones que a nuestro juicio permiten explicar por qué hemos llegado a esta situación de parálisis en que nos encontramos.

²⁹ Al punto que la Asociación Nacional de Magistrados ha recurrido ante el Tribunal Constitucional en contra de autos acordados de la Corte Suprema y ha llevado el tema de la independencia de los jueces chilenos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

³⁰ Pese a que en algunos de los borradores iniciales sí lo estuvo, en definitiva el Programa de Gobierno se limita a indicar que “impulsaremos la discusión (sic) en torno al gobierno judicial, con una amplia participación de este poder”. Ni siquiera eso se hizo. Disponible en <http://www.subdere.gov.cl/sites/default/files/programamb_1.pdf>.

³¹ El actual ministro de Justicia anunció que está trabajando nuevamente en la reforma procesal civil y que dentro del curso de 2018 presentará una nueva iniciativa al respecto, la que incluiría diseño orgánico y cálculo de los costos asociados, los que adelantó serían de un orden similar a los que implicó la reforma procesal penal, es decir, casi 700 millones de dólares de inversión. Disponible en <<http://www.elmercurio.com/blogs/2018/08/18/62614/Nuevo-Codigo-Procesal-Civil-ingresa-este-ano-al-Congreso-y-la-inversion-seria-similar-al-costo-que-tuvo-la-reforma-a-justicia-penal.aspx>>.

IV. PÉRDIDA DE IMPULSO EXTERNO

Lo primero a considerar es que el freno al proceso de reformas judiciales no se produce solo en Chile. Este proceso –algo ya se ha dicho– tuvo en forma inédita características regionales en los últimos años, principalmente debido a la decidida acción de la cooperación internacional, que incluyó en todos sus programas acciones en el área de la justicia tanto en el caso de la cooperación bilateral³² como de la multilateral³³, así como la promovida por los bancos multilaterales de crédito³⁴, aunque los objetivos y estrategias de todas estas fuentes no fueran necesariamente coincidentes ni menos coordinados. Pero no solo eso, también se generó un grupo de expertos a nivel regional, con múltiples lazos entre sí, que potenció los procesos de reforma debido a que varios de ellos se involucraron como consultores en más de una de esas experiencias. A lo anterior se sumaron actividades académicas y de intercambio en el área, de una intensidad inédita en la región. A partir del año 2000, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), creado por la OEA precisamente para reimpulsar el proceso de reformas a la justicia, particularmente en el área penal, fue especialmente activo en tal sentido.

Prueba de todo ello es que no hay país de la región que no haya ejecutado proyectos de reformas judiciales con apoyo de la cooperación internacional y que la gran mayoría de ellos haya emprendido, prácticamente al unísono, procesos de reforma a la justicia penal con grandes similitudes en su diseño.

El impulso inicial común y la generación de una comunidad de actores permitieron también intercambios del tipo sur-sur en la materia, también desconocidos hasta la fecha en el área. Chile jugó un rol especialmente importante debido a la generalizada buena evaluación de su reforma a la justicia penal, que fue objeto de observación *in situ* por delegaciones de prácticamente todos los países que se encontraban también en el mismo

³² Los más importantes fueron programas de cooperación de Estados Unidos (USAID) y España (AECI), sin perjuicio de la participación menor de varios otros como Canadá, Alemania y otros países europeos.

³³ Donde destacan los proyectos de la Unión Europea.

³⁴ Con un rol preponderante del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Mundial (BM).

proceso de cambios, además de involucrarse en proyectos específicos de apoyo, como el apoyo que en su momento se dio con México. El hecho de que CEJA se encontrara localizado en Chile en buena medida se debe a estas mismas circunstancias, potenciando la exportación de lo que se llamó “el modelo chileno” de reforma judicial. Sin embargo, no puede desconocerse que la propia creación del CEJA responde en parte a una opción de retirada del tema por parte de un sector de la Cooperación Internacional, particularmente USAID, que había sido el actor preponderante en término de montos y proyectos hasta la fecha³⁵.

A partir del año 2000, se registra un descenso importante de los proyectos de cooperación bilateral, con las solas excepciones de México (que llegó tarde al proceso) y Colombia (por circunstancias ligadas al narcotráfico y sus conflictos internos). La disminución de los proyectos de justicia no se explica tan solo por una cierta frustración con sus resultados, sino también por cambios de prioridades internas de los países donantes y los efectos de las crisis económicas de esa década. Conflictos en otras partes del globo, como los del Medio Oriente y el fenómeno reciente de la inmigración, así como los mayores grados de desarrollo relativo alcanzado en los últimos años por los países de la región, también han jugado un rol importante en el cambio de las prioridades.

En el caso de los bancos multilaterales, a las razones anteriores efectivamente se sumó una cierta desilusión con los resultados de los proyectos y derechamente una mala evaluación³⁶. De hecho, en la actualidad el BID solo mantiene proyectos en el área en Guatemala, Ecuador y México, y el BM no tiene ninguno en la región.

Pero debe entenderse bien el punto: no es que la justicia haya dejado de ser un tema importante, lo que perdió relevancia fue el proceso de reformas a la misma y, por lo mismo, su carácter de empresa regional. De hecho, hoy

³⁵ Este retiro no ha sido inocuo. El propio CEJA, pese a ser un organismo del sistema interamericano, apoyado en sus inicios –como decíamos– por el gobierno de EE. UU., ha tenido enormes dificultades para recibir financiamiento directo de parte de los Estados que lo integran.

³⁶ En el caso del BID, ver la evaluación de ANGELL y FAÚNDEZ (2005): “Reforma judicial en América Latina. El rol del Banco Interamericano de Desarrollo”. *Revista Sistemas Judiciales*, año 4, N° 8. En el caso del Banco Mundial, el documento *New Directions in Justice Reform*. Disponible en <<http://documents.worldbank.org/curated/en/928641468338516754/pdf/706400REPLACEM0Justice0Reform0Final.pdf>>.

es posible afirmar que los sistemas de justicia han cobrado en la región un protagonismo del que históricamente carecían, de la mano de la persecución de poderosos por causas de corrupción, los mismos que tradicionalmente habían sido permanentemente capaces de evadirla. Los casos más significativos son los derivados de la operación Lava Jato iniciada en Brasil, el que impresiona no solo por sus magnitudes y la calidad de las personas involucradas, sino también por su carácter transnacional³⁷ y la consiguiente decisión adoptada por la justicia brasileña de cooperar activamente con las investigaciones que se están realizando en todos los países involucrados, generándose un inédito trabajo coordinado entre todos ellos.

V. LA PERCEPCIÓN RESPECTO A LOS BENEFICIOS OBTENIDOS NO SE CONDICE CON LOS ESFUERZOS INVERTIDOS

Quienes han tenido contacto con el sistema judicial chileno pre y post reformas no dudan en afirmar que el cambio ha sido notable y para mejor. Hoy contamos con una justicia, en las áreas reformadas, de mucha mejor calidad, oportunidad, transparencia y cobertura³⁸. Sin embargo, esta apreciación parece ser insuficiente para apoyar la continuidad del proceso de reformas. Veamos por qué.

Desde el punto de vista puramente económico, las reformas implicaron inversiones muy significativas de recursos, ya sea en infraestructura, equipamiento y nuevos funcionarios, inversiones que superaron significativamente las proyecciones iniciales³⁹.

Si a lo anterior se le suman las otras reformas efectuadas en el período, obtenemos que el sistema judicial pasó de ser un sector muy abandonado dentro del presupuesto público a uno con una situación bastante comfortable.

³⁷ El acuerdo suscrito por Odebrecht con el gobierno de Estados Unidos a través de su Department of Justice (DOJ) incluye el reconocimiento de haber pagado sobornos en Angola, Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela, por un total de 437 millones de dólares.

³⁸ VARGAS (2010b): “Reforma procesal penal: Lecciones como política pública”. En *A 10 años de la reforma procesal penal: Los desafíos del nuevo sistema* (Santiago de Chile, Ministerio de Justicia), p. 38.

³⁹ La sola reforma procesal penal implicó gastos superiores a los US\$ 700 millones en inversión, es decir, sin considerar el aumento en el gasto corriente. Ver cita N° 31.

Así, si el presupuesto judicial⁴⁰ pasó de representar un 0,17% del PIB el año 1997, a un 0,36% el 2016, es decir, más del doble, medido en términos de su significación en el presupuesto público, subió del 0,83% en 1997, a un 1,26% en el 2016⁴¹.

De la mano de esos aumentos presupuestarios vinieron cambios sustantivos en las condiciones de trabajo al interior de las instituciones judiciales, antes muy desmejoradas, y sobre todo de las remuneraciones. Hoy los sueldos que ofrece el Poder Judicial para un abogado joven que se incorpora al mercado laboral están dentro de los mejores del mercado, y si bien esta situación se deteriora con el paso del tiempo, siguen siendo mucho más competitivos que en el pasado.

Una de las lecciones que arrojaron las reformas judiciales ya hechas es que son caras. La vez que ello no se entendió así, con la reforma de familia, que subestimaron significativamente las complejidades y los costos del cambio, los problemas fueron mayores y se terminó pagando más de lo que se quiso ahorrar. Esta sola consideración coloca una dificultad importante a los procesos de reforma judicial, sobre todo en momentos en que las prioridades de gasto público han cambiado. De hecho, la imposibilidad de acompañar la propuesta de reforma procesal civil de un modelo orgánico acabado, con su consiguiente estudio de costos, obedece probablemente a la poca disposición por parte de las autoridades económicas a asumir un nuevo incremento sustantivo de los recursos destinados al Poder Judicial y no parece hoy políticamente viable un sistema alternativo para el financiamiento del sistema reformado, como podría haber sido un sistema de tasas judiciales, en que los propios usuarios del sistema pagaran por él, dada la fuerza que ha cobrado la idea de gratuidad de los servicios públicos.

Pero incluso más allá de los costos en sí, el problema más importante pareciera ser el grado de convencimiento sobre la necesidad y utilidad de los cambios. Quizá por haber exorbitado en demasía las expectativas, o por una falta de información adecuada o simplemente por demagogia punitiva, lo cierto es que el grado de apoyo que hoy día tiene en la clase política y en la opinión pública, en general, la reforma judicial y, particularmente, la procesal penal, que sigue siendo la más emblemática, se ha visto horadado.

⁴⁰ Considerando solo los tribunales y la Academia Judicial, y excluyendo a las otras instituciones del sistema de justicia, como el Ministerio Público o la Defensoría Penal Pública.

⁴¹ VARGAS (2018), pp. 130-132.

Eslóganes tan discutibles como que el nuevo sistema protege más a los imputados que a las víctimas⁴² o que estableció la llamada puerta giratoria⁴³, lo cierto es que han debilitado severamente la confianza pública en el sistema de justicia.

No es tan extraño que la ciudadanía exprese una opinión crítica de la justicia, pues son muy pocos los países en que ello no sucede, desde el momento en que esa opinión tiende a generarse más por la anécdota (el último caso emblemático mal resuelto o en una forma distinta al sentir mayoritario) que por los resultados agregados del sistema, por muy positivos que estos sean, más aún si se considera que en la actualidad los problemas del delito y la seguridad ciudadana son los más importantes para los ciudadanos⁴⁴, lo que lleva a que las instituciones del sector estén permanentemente entre las peores evaluadas. Sí extraña la intensidad de esta opinión negativa en Chile, al punto que llega a situarlo como uno de los países con los peores índices de confianza pública en la justicia del continente⁴⁵, lo que no se condice en absoluto con su situación objetiva.

Pudiese pensarse que esta mala opinión pública se construye a partir de la forma como los medios informan sobre el funcionamiento de la justicia. Pero realmente en Chile lo hacen de una manera no muy distinta a como se informa en todos los países, en que los medios de comunicación

⁴² Discurso que cambia rápidamente cuando quienes lo han sostenido son sujetos de un proceso penal.

⁴³ Idea que no se condice con el altísimo porcentaje de prisiones preventivas solicitadas que efectivamente son concedidas (87% el año 2014, según datos del Poder Judicial) o con el aumento muy relevante de las personas condenadas en el país bajo el nuevo sistema procesal. Antes de la reforma, un tercio de los privados de libertad estaban condenados, cifra que se invirtió con ella, aunque en los últimos años se aprecia un aumento en el uso de la prisión preventiva (ver al respecto el informe de CEJA: <http://www.cejamericas.org/Documentos/2017/RPPChileResumenEjecutivo_CEJA.pdf>).

⁴⁴ Conforme a la última encuesta del CEP, “Delincuencia, asalto y robos”, es, con distancia, el mayor problema que aqueja a los chilenos. Disponible en <https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20171025/asocfile/20171025105022/encuestacep_sep_oct2017.pdf>.

⁴⁵ Según los últimos datos publicados en la encuesta regional Latinobarómetro (2015), un 17% de los chilenos piensa que su Poder Judicial está haciendo bien o muy bien su trabajo, lo que lo coloca en el penúltimo lugar regional, solo superado por Paraguay, con un 16,5%. Obtienen mejores resultados poderes judiciales con serios problemas de confiabilidad y funcionamiento, como los de Venezuela (24,6%), Argentina (28,9%), Colombia (30,9%), Bolivia (32,3%) y Honduras (39,7%).

buscan entregar las noticias que causen el mayor impacto, con poco espacio para realizar un análisis riguroso de cada una de las situaciones. Más bien la explicación pudiera estar en que quienes sí debieran hacer ese análisis más ponderado, matizar conclusiones apresuradas e incorporar todos los elementos a la discusión, muchas veces tampoco lo hacen. Es común en Chile escuchar a líderes de opinión y a políticos emitir juicios sobre el funcionamiento del sistema de justicia tanto o más críticos que el del ciudadano menos informado.

Más grave aún, los actores que por definición se esperarían defendieran el trabajo judicial, como los abogados, los académicos del sector e incluso ciertos operadores, tampoco necesariamente lo hacen, sumándose a posiciones críticas que develan más animosidad que deseos de contribuir a la mejora.

VI. DECADENCIA TÉCNICA DE LOS PROCESOS DE REFORMA

Probablemente una de las lecciones más importantes que se obtuvo luego de las más bien fracasadas reformas judiciales llevadas a cabo una vez recuperada la democracia es que si se quería ser exitoso en esta materia había que cambiar completamente la manera de enfrentarlas, siendo esencial que pudieran constituirse en verdaderas políticas de Estado. La nueva estrategia, como ya se ha indicado, llevó a moverse de los temas macro institucionales a los funcionales, preocupándose por definir qué es lo que se quería que hiciera la institución y postergando los cambios a la estructura del gobierno judicial. Tras esto había una nueva apreciación sobre el orden correcto de los factores, que en este caso sí puede alterar el producto, pero obedecía más que nada a una razón política. Se entendió que la reforma judicial, sobre todo si buscaba alterar el poder que se les entrega a los jueces, es esencialmente una reforma política que requiere aunar voluntades y un alto nivel de acuerdo para lograr concretarse. Esto no solo para reunir los votos necesarios para ser aprobada, cuestión que ya había fallado al momento de tratar de crear un Consejo de la Magistratura, sino también porque el proceso de implementación es largo, extremadamente complejo si implica alterar culturas y hábitos de trabajo y, por ende, costoso en términos económicos. Por todas esas razones había que asegurar un fuerte apoyo detrás de la reforma a largo plazo, independientemente de las mayorías electorales coyunturales. Para lograrlo, la reforma tenía que hacerse cargo y dar respuesta a necesidades ciudadanas tan relevantes como los cambios que se pretendían. De allí que

resultara natural construir una reforma judicial en el ámbito de lo penal, que eran donde confluían dos de las demandas centrales que planteaba el proceso de transición política en que estaba sumido el país: por una parte, la asociada a la valorización y necesidad de estándares mayores de respeto a los derechos fundamentales, cambio central al que aspiraba un gobierno democrático que dejaba atrás una dura dictadura militar. Pero al mismo tiempo, de la mano de la apertura política, el fenómeno delictual se había incrementado significativamente, transformándose en una importante preocupación ciudadana.

La gran diferencia que hizo la reforma procesal penal, que a la larga es la mejor explicación de su éxito, al menos inicial, fue que logró articular discursivamente ambos objetivos, afirmando que con ella se podían lograr mejoras significativas en ambos niveles a la vez, dejando de lado la visión tradicional de que todo lo que se gana en materia de eficiencia solo puede hacerse con detrimento de las garantías. La reforma ofreció –y en buena medida logró– incrementos en el estándar de respeto de las garantías básicas en el proceso penal y, al mismo tiempo, mayores niveles de eficiencia en la persecución de delito⁴⁶. Como se puede apreciar, se trata de objetivos políticos potentes que explican la recepción pública que tuvo desde el comienzo la reforma. Naturalmente, ese discurso es más complejo que uno puramente jurídico, de allí que la reforma dejara de ser una cuestión exclusiva de abogados como tradicionalmente había sido vista, perspectiva que la limitaba –y agotaba– a la redacción y aprobación de un proyecto de ley, para pasar ahora a ser una cuestión de política pública y, como tal, enfocada como una compleja tarea multidimensional, en la que debían abordarse al unísono diversos niveles técnicos de trabajo.

Sin duda lo principal de una reforma judicial sigue siendo el trabajo técnico jurídico. La innovación en este caso vino de combinar un equipo pequeño (la “Comisión Técnica”), conformada por abogados jóvenes formados en el exterior y, por lo tanto, con conocimiento profundo de diversas experiencias comparadas, con el de un grupo amplio y representativo, inte-

⁴⁶ La mayor eficiencia se buscó de la mano de la especialización de la labor de persecución, a través del nuevo rol que asumen los fiscales, así como también de un crecimiento importante del aparato público dedicado al efecto. Como ya se ha dicho, los aumentos significativos de condenas, junto a una disminución del uso de la prisión preventiva, dan cuenta de mayores niveles de eficiencia con mejor estándar de respeto a las garantías.

grado por abogados, jueces y académicos de gran prestigio y experiencia (el “Foro para la Reforma Procesal Penal”), encargado de revisar y sobre todo legitimar las propuestas elaboradas por la Comisión Técnica. Al Foro fueron invitados expertos tanto a título individual como en representación de instituciones clave⁴⁷. A ello se unió el concurso de diversos expertos extranjeros que acompañaron el proceso, algunos de manera más permanente⁴⁸ y otros en forma ocasional⁴⁹. Esta estrategia permitió no solo asegurar propuestas técnicas de calidad, sino que ellas contaran con un alto grado de legitimidad dentro de la comunidad legal.

Pero desde un comienzo se comprendió que, por muy relevante que fuera la parte legal, ella no era suficiente para asegurar que los cambios cumplieran con los objetivos políticos propuestos y se sostuvieran en el largo plazo. Se entendió entonces que el cambio antes que jurídico era cultural y debía tocar una serie de otras dimensiones organizacionales, de personal, el sistema de incentivos, los mecanismos de capacitación y la retroalimentación del proceso, que una reforma puramente jurídica tiende a soslayar. Se cambió así la idea tradicional de que la reforma se hacía el día en que se aprobaba el nuevo Código, por una que indicaba que ese día más bien era recién el puntapié inicial para los cambios reales.

La dimensión organizacional, sin duda, era una de las más importantes, pues importaba repensar el funcionamiento de los tribunales atendiendo los requerimientos del nuevo sistema y desarrollar completamente instituciones que no existían en el país –como el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública–. Probablemente esta es una de las áreas en que mayor innovación local aportó, concibiendo estructuras organizacionales y procesos de trabajo completamente nuevos para cada una de ellas. Naturalmente el trabajo en estas distintas áreas requería del concurso de profesionales diversos, lo que demandó integrar expertos en gestión, en personal, en informática, economistas, etc.

Igualmente importante fue no cerrar el proceso a los técnicos, sino tratar de incorporar a la comunidad legal al mismo e incluso permear con las ideas a la opinión pública en general. Para lo primero fue central el trabajo que

⁴⁷ Entre otras, la Asociación Nacional de Magistrados, el Colegio de Abogados, el Instituto de Estudios Judiciales y diversas universidades e institutos.

⁴⁸ Un rol particularmente relevante jugó el jurista argentino Alberto Binder.

⁴⁹ Como Julio Maier o José Cafferata.

se realizó con organizaciones intermedias, como facultades de Derecho⁵⁰, la Asociación Nacional de Magistrados, el Instituto de Estudios Judiciales y el Colegio de Abogados, con los cuales se desarrollaron diversas actividades de difusión a lo largo del extenso período de diseño y aprobación de los cambios.

Paralelamente, el proceso de reforma tuvo una amplia difusión en los medios⁵¹ y luego, en su fase de implementación, campañas masivas de información a la comunidad sobre su funcionamiento.

Como se ve, se trató de un proceso complejo, en que se desarrollaron paralelamente acciones en diversas áreas con un grado incremental de complejidad. La coordinación de este proceso resultó clave, rol que asumieron inicialmente dos instituciones de la sociedad civil⁵², al que luego se sumaría, con un rol principal, el Ministerio de Justicia, en el momento en que la iniciativa se incorpora al plan de gobierno. Esta labor fue importante no solo para organizar y ejecutar este cúmulo de actividades, sino también para asegurar el trabajo interconectado en todas ellas. Uno de los problemas comunes del sector, que en esta ocasión pudo superarse, es entender el trabajo multidisciplinario como uno de compartimentos estancos, en que, por ejemplo, los abogados elaboran las propuestas y luego los economistas las costean. La riqueza de trabajar con expertos con miradas distintas es que todos interactúen y se nutran entre sí de las distintas perspectivas. Así, por ejemplo, un modelo procesal que admite diversos tipos de salidas para evitar que todos los casos lleguen a juicio debe ser pensado no solo por abogados, sino también por profesionales como los economistas que conocen de sistemas de incentivos.

También fue importante la labor de coordinación para obtener y administrar los recursos necesarios para emprender un proceso de esta naturaleza, los cuales en su mayoría, especialmente en las etapas tempranas del proceso, provinieron de la cooperación internacional. Esta no solo aportó fondos, sino también el concurso de expertos que, como ya hemos dicho, enriquecieron técnicamente el proceso y facilitaron también que un grupo importante de políticos y expertos pudiera conocer directamente el funcionamiento de sistemas adversariales y orales en otros países.

⁵⁰ En esta materia jugó un clave la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

⁵¹ Particularmente importante en esto fue la cadena de periódicos de El Mercurio.

⁵² La Corporación de Promoción Universitaria y la Fundación Paz Ciudadana.

Igualmente le correspondió participar en las negociaciones para obtener el financiamiento público necesario para echar a andar y sostener el nuevo sistema. Para ello fueron críticos los estudios que se desarrollaron para justificar el gasto, que no se limitaron a un simple costeo, sino también incluyeron modelos organizacionales, de localización de tribunales, de simulación computacional de distintos escenarios (lo que permitía determinar los recursos que se requerían en función de las metas que se le pusieran al sistema) y un estudio de costo-beneficio que comprobó que era más rentable colocar los nuevos fondos en el sistema reformado que en el antiguo⁵³.

Particularmente importante fue diseñar una estrategia de implementación mucho más compleja que la tradicional que, cuando más, se limitaba a decretar un período de vacancia legal, dejando que las instituciones y los operadores se amoldaran solos al nuevo sistema. Por primera vez se ideó un proceso de entrada en vigencia gradual, lo que permitía concentrar los esfuerzos en ciertas regiones y luego ir haciendo las correcciones y aprovechar las experiencias acumuladas al momento de llegar a las áreas más complejas. Esta modalidad de implementación, que en total tomó cinco años hasta la entrada en vigor en la totalidad del país, originalmente generó dudas sobre su constitucionalidad, pese a lo cual terminó siendo incorporada a la Constitución⁵⁴ como la vía para implementar todas las reformas judiciales complejas.

Pero el mayor esfuerzo de implementación fue preparar las instituciones para el nuevo sistema tanto en las cuestiones materiales como los edificios, como en lo más complejo, los funcionarios encargados de dar vida al nuevo sistema. Esto último significó seleccionar al personal que ocuparía los distintos roles en el nuevo sistema y capacitarlo intensamente. Para ello fue fundamental operativizar el nuevo sistema, pues las leyes solo constituyen el marco general de actuación, admitiendo muchos modelos distintos para su concreción en el trabajo cotidiano de los operadores⁵⁵. Insistimos, fijar y transmitir un solo modelo, compartido, fue esencial para que el sistema fun-

⁵³ Ver VALDIVIESO *et al.* (1996): *Reforma procesal penal. Análisis costo-beneficio*. Fundación Paz Ciudadana. Disponible en <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/1996/01/m252-rpp_analisis_costo_beneficio.pdf>.

⁵⁴ Artículo 77 inciso final de la Constitución.

⁵⁵ Al respecto resultó crucial el esfuerzo desplegado por desarrollar la lógica de la litigación penal en Chile, donde jugaron un rol destacado Andrés Baytelman y Mauricio Duce.

cionara. Con tal fin no solo se desarrollaron intensos planes de capacitación en cada una de las instituciones, sino también actividades interinstitucionales que permitían que todas ellas simularan lo que iba a ser su trabajo futuro, disminuyendo así los temores y los riesgos de lecturas distintas y sorpresas cuando tuvieran que interactuar.

Lo que someramente he reseñado da cuenta de la transformación radical que implicó la reforma procesal penal en la forma de enfrentar una reforma judicial. Se pensaba en esos entonces que lo aprendido iba a convertirse en el estándar para las futuras reformas judiciales. Rápidamente nos daríamos cuenta de nuestro error.

El primer ejemplo llegó muy rápido de la mano de la reforma a la justicia de familia⁵⁶ que perseguía iniciar la extensión de la lógica de la reforma procesal penal (juicios orales, tribunales corporativos, administración profesional, etc.) en esa jurisdicción. Más allá de problemas en el diseño legal, en cuestiones como la publicidad o la estructura del juicio oral, las principales dificultades que mostró desde un comienzo este nuevo sistema estuvieron asociadas a su funcionamiento concreto⁵⁷. Por una parte, se obvió definir mecanismos que viabilizaran la comparecencia personal de las partes que, acertadamente, se permitía, pero que sin las previsiones necesarias era natural que se convirtiera en un problema operativo mayor. Como resulta obvio, si se les permite a las partes comparecer sin abogados, es necesario adaptar todo el funcionamiento del tribunal a esa circunstancia y no pretender que los ciudadanos puedan comportarse como si fueran abogados, entender el lenguaje que estos usan y tener, en general, sus conocimientos del Derecho. Tampoco se hizo un esfuerzo por definir con precisión cómo debía operar el nuevo modelo de la justicia de familia, más allá de las directrices generales contenidas en la ley que, como ya vimos, admiten diversas interpretaciones, lo que derivó en que los jueces y otros operadores fueran capacitados de manera contradictoria, según la visión de cada uno de los capacitadores.

Pero sin duda los mayores problemas estuvieron asociados al proceso de implementación. Si bien originalmente el nuevo sistema debía comenzar a

⁵⁶ Ley N° 19.968 de 2004.

⁵⁷ Ver CASAS *et ál.* (2006): *El funcionamiento de los nuevos tribunales de familia: resultados de una investigación exploratoria*. Disponible en <https://www.academia.edu/27342509/El_funcionamiento_de_los_tribunales_de_Familia_resultados_de_una_investigaci%C3%B3n_exploratoria>.

regir gradualmente en el país, al igual que la reforma procesal penal, se optó en definitiva por una entrada en rigor simultánea, pero una incorporación gradual de las dotaciones de personal, luego de una vacancia legal de trece meses. Este plazo demostró ser demasiado breve para realizar las tareas de selección de personal, capacitación, adecuación de infraestructura y adoptar una serie de decisiones operativas a nivel nacional, más aún cuando los equipos encargados de tal tarea eran muy reducidos.

Más grave aún fue el colapso que a poco andar experimentó el nuevo sistema por un errado cálculo de la carga de trabajo que se estimó iba a recibir, lo que redundó en plazos de tramitación muchísimo más largo que los presupuestados inicialmente. Por ejemplo, en los tribunales de Santiago los ingresos durante el primer mes de funcionamiento duplicaron los proyectados⁵⁸, lo cual redundó en serios problemas en la programación y realización de las audiencias (fracasando un porcentaje cercano a la mitad de las mismas).

Hoy nos parece increíble que a tan poco de realizada la reforma procesal penal se concluya que sobre esta reforma “[...] los inconvenientes que hoy evidencian los tribunales de familia, son parte de un problema mayor: la paulatina pérdida de rigor, planeamiento y profesionalismo en el proceso de reforma a la justicia”⁵⁹.

Todo esto redundó en la necesidad de dictar una nueva ley⁶⁰ que intentó superar los problemas detectados y en el involucramiento directo de la Corte Suprema⁶¹, la que creó un grupo de trabajo *ad hoc* destinado a superar los problemas habidos, grupo que debió trabajar en tal cometido durante varios años.

Al menos las reformas de familia y la laboral que le siguió el año 2008⁶² perseguían una transformación modernizadora de los procedimientos que regulaban, a través del paradigma de la oralidad. Se podrá criticar que la concepción misma del sistema por audiencias en ambas tenga evidentes

⁵⁸ CASAS *et ál.* (2006), p. 12.

⁵⁹ CASAS *et ál.* (2006), p. 9.

⁶⁰ Ley N° 20.286 de 2008.

⁶¹ Principalmente a través del Acta 98-2009.

⁶² Estos tribunales fueron creados por la Ley N° 20.022 de 2005, modificada luego por las Leyes N° 20.252 de 2008 y N° 20.438 de 2010. El nuevo procedimiento laboral fue establecido en la Ley N° 20.087 de 2006.

limitaciones y que otro tanto suceda con los regímenes recursivos, pero no hay duda que efectivamente se trató de avanzar en esa línea. Eso, que parecía el estándar básico en esos momentos, quedó en entredicho con la reforma tributaria y aduanera del año 2009⁶³, la que, inexplicablemente, vuelve a establecer un sistema predominantemente escrito, bajo un modelo de funcionamiento absolutamente tradicional. Es decir, ya no se trata de procedimientos orales defectuosos o de desatención de la implementación del sistema, sino derechamente la reforma judicial, en una materia trascendente, se construye completamente bajo el paradigma de los viejos códigos decimonónicos.

La reforma procesal civil que se ha estado discutiendo en los últimos años viene a ser el último capítulo en esta zaga con un final, todo indica, no demasiado feliz. Pocos tienen dudas de que el proceso transformador de la justicia chilena quedaría inconcluso si no alcanza a la justicia civil. Más que mal, la mitad de los ingresos al sistema judicial son civiles y buena parte de los tribunales que lo constituyen se dedican a esos asuntos y en ellos se sigue operando bajo un Código del año 1902. Pero no solo eso, ese mismo Código sigue teniendo el rol de legislación supletoria en todas las materias, incluidas aquellas que superaron sus viejas estructuras, lo que sin duda apareaja contrasentidos y problemas.

Es cierto que el gran volumen de causas que recibe la justicia civil no tiene un correlato en la carga real de trabajo que debe reportar al sistema, puesto que la mayoría de esas causas no responde a lo que podrían considerarse conflictos civiles. La compleja realidad actual de nuestra justicia civil puede describirse de la siguiente manera:

“En la actualidad nuestra justicia civil prácticamente no se dedica a resolver conflictos entre las personas, cual debiera ser su función natural. Si bien el número de causas ingresadas anualmente pareciera ser abrumador: 1.366.476 el año 2013⁶⁴ según las cifras del Poder Judicial, lo cierto es que el porcentaje de ellas que entraña un litigio, que requerirían de una decisión de carácter jurisdiccional, es mínimo. Según un estudio encargado por el Ministerio de Justicia entre los años 2000 y 2010, un 93,7% de los ingresos civiles correspondieron a cobranzas de deudas (juicios ejecutivos y gestiones preparatorias)

⁶³ Ley N° 20.322 de 2009, que crea los Tribunales Tributarios y Aduaneros, los cuales comenzaron su funcionamiento el 1 de febrero de 2010.

⁶⁴ Al año 2015, último en que el Poder Judicial ha publicado estadísticas, ascendían a 2.234.063.

y asuntos voluntarios. Las cobranzas casi en forma exclusiva provinieron de bancos, instituciones financieras y casas comerciales, siendo su motivación principal no recuperar el crédito, sino poder declarar su incobrabilidad para lo que el Servicio de Impuestos Internos les exige ingresar una demanda a los tribunales. Por su parte, los juicios ordinarios y sumarios sumados alcanzan solo un 5,8% de los ingresos.

Pero incluso dentro de ese pequeño porcentaje de juicios ordinarios y sumarios de los que se ocupa la justicia civil, una alta proporción está constituida también por cobro de pesos. Un análisis de causas practicado en un juzgado de Santiago reveló que el 74% de sus ingresos de causas ordinarias no eran más que cobranzas y que lo mismo sucedía con el 10% de los sumarios.

Si analizamos ahora ya no lo que ingresa, sino lo que termina, nos encontramos que la mayoría de los casos concluye sin siquiera iniciar su tramitación ('téngase por no presentada la demanda', 'demanda sin movimiento', no se da curso a la demanda o esta es retirada). Así termina el 96,2% de los procedimientos ejecutivos y el 82,8% de los otros procedimientos. De allí que el año 2009 sólo se dictaran 9.643 sentencias definitivas civiles, que corresponde al 1,2% del total de términos. En los procedimientos ejecutivos las sentencias representan el 0,4% de los términos, que son los casos en que hubo oposición⁶⁵.

En otras palabras, lo que hoy día caracteriza nuestra justicia civil no es solo su mal funcionamiento, sino algo peor: su intrascendencia, aunque duela decirlo. Naturalmente ello no es consecuencia de la ausencia de conflictos en esas materias en nuestro país, sino que ellos se canalizan por otras vías (donde el arbitraje ha cobrado enorme importancia) o, lo que es peor, simplemente quedan sin resolución. Esto último tiene graves consecuencias para el desarrollo económico nacional, pues eleva en forma significativa los costos de transacción, lo que implica, en términos muy simples, que hay negocios que no se hacen dado que dejan de ser rentables, precisamente por carecer de sistemas adecuados para exigir el cumplimiento de las obligaciones.

En ese contexto nace la idea de reformar la justicia civil en Chile, la que se tradujo en la presentación de un mensaje presidencial el año 2009, en que se propone un nuevo Código Procesal Civil⁶⁶. Luego, con el cambio

⁶⁵ DUCE *et ál.* (20015): *Una propuesta normativa para contribuir a la discusión de la reforma procesal civil*. Disponible en <<http://www.reformasprocesales.udp.cl/reformasprocesales/index.php/publicaciones/opinion/157>>, p. 7.

⁶⁶ Se trata del Mensaje N° 398-357, ingresado a la Cámara de Diputados, Boletín N° 6567-07. Este proyecto tuvo su origen el año 2005, con la constitución del Foro Procesal Civil.

de gobierno, dicho proyecto sería retirado y sustituido por uno nuevo el año 2012, aunque sin grandes cambios en los objetivos y estructura del anterior⁶⁷. Este proyecto sería aprobado en el primer trámite constitucional, pero excluyendo los capítulos referidos al juicio ejecutivo y al régimen de recursos, sin duda las dos cuestiones más innovadoras del proyecto. Posteriormente, en el Senado sería paralizada su tramitación en el año 2014, cuando nuevamente había cambiado el gobierno que lo había presentado, a la espera de que el nuevo propusiera un modelo organizacional para los tribunales civiles. Si bien se concedió un plazo de 18 meses al efecto, ello nunca se concretó. Ahora, en el año 2018 y con un nuevo cambio de presidente, se anunció que el proyecto sería sustituido por otro distinto en el transcurso de dicha anualidad⁶⁸, lo que no consta que se hubiere verificado al mes de marzo de 2019.

Probablemente sean las razones políticas que analizaremos más adelante las que mejor expliquen por qué esta reforma ha quedado empantanada pese a los anuncios de tres administraciones distintas de que la llevarán adelante. Sin embargo, no deja de ser un síntoma muy expresivo de la decadencia del proceso de reformas judiciales que venimos describiendo la forma como se ha encarado esta reforma. Resalta primeramente que las propuestas hayan sido elaboradas como un ejercicio académico-jurídico, en que profesores de Derecho Procesal se reúnen, discuten y elaboran un texto legal, el que solo se hace cargo de las cuestiones técnico-jurídicas involucradas, pero que no lleva aparejada cuestiones que parecen indispensables para poder constituir una auténtica política pública en la materia. Por lo pronto, no hay una concepción de cómo debiera funcionar el nuevo sistema, no hay, entonces, un diseño orgánico de la justicia civil, con la consiguiente asignación de roles. De allí que no pueda haber todavía un cálculo presupuestario de lo que significaría el nuevo sistema y sobre cuáles deberían o podrían ser las

Posteriormente, el Ministerio de Justicia encargaría a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile la elaboración de un Anteproyecto de Código Procesal Civil, el que fue revisado por el mismo Foro.

⁶⁷ Se trata del Mensaje N° 004-360, ingresado a la Cámara de Diputados, Boletín N° 8197-07. Trabajó en este proyecto una comisión integrada por el Ministro de Justicia Felipe Bulnes y los profesores Cristián Maturana, José Pedro Silva y Raúl Tavolari.

⁶⁸ Disponible en <<http://www.elmercurio.com/blogs/2018/08/18/62614/Nuevo-Codigo-Procesal-Civil-ingresa-este-ano-al-Congreso-y-la-inversion-seria-similar-al-coste-que-tuvo-la-reforma-a-justicia-penal.aspx>>.

fuentes para financiarlo. Tampoco contamos a la fecha en que se escribe este texto con nada parecido a un modelo de implementación del nuevo sistema de justicia. Pareciera que hemos vuelto a la vieja creencia de que las reformas judiciales son cuestiones de abogados y que todos los otros componentes son temas secundarios que no tienen importancia o bien pueden analizarse una vez aprobado el texto legal. Como se entenderá, a diferencia de lo que sostiene tal concepción, ninguno de los aspectos sucintamente descritos son accesorios. E incluso, más allá de lo anterior, hay un error muy manifiesto en entender que las decisiones jurídicas y todos los otros temas que hemos descrito son independientes entre sí. Si algo creíamos haber aprendido, como ya se dijo, es que las decisiones jurídicas y las organizacionales se retroalimentan y condicionan mutuamente, lo que significa que no pueden adoptarse y operar en forma independiente sin que ello no se traduzca en una pérdida importante tanto en términos de eficiencia como de eficacia.

A la hora de abordar una reforma a la justicia civil, resulta evidente la necesidad de, por una parte, contar con un diagnóstico claro y completo sobre su actual funcionamiento, fundado en fuentes empíricas y no en meras intuiciones o experiencias personales y, por la otra, de un conocimiento profundo sobre las alternativas de mejora que hoy se están barajando en los sistemas comparados. Si bien en la actualidad contamos con información suficiente para construir tal diagnóstico, pareciera no haberse considerado a la hora de elaborar las propuestas de reforma. Pues si hay algo que emana con absoluta claridad de los datos, es que el principal objetivo de una reforma a la justicia civil chilena debe ser facilitar el acceso a ella a ese gran contingente de conflictos de naturaleza civil que no cuentan con una posibilidad real de ser resueltos a través de los mecanismos formales de la justicia. Todos sabemos que si celebramos contratos que no sean millonarios y luego surgen problemas durante su ejecución, probablemente no contaremos con ningún camino institucional para poder hacerlo, pues los costos serían superiores a los eventuales beneficios. Por ello, como antes decíamos, es que somos más renuentes a celebrar muchos de esos contratos y, cuando lo hacemos, su precio se ve alterado por la incertidumbre respecto a su cumplimiento.

Por otra parte, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, que pueden constituir una muy eficaz forma de resolver tales conflictos, solo pueden asumir correctamente su rol cuando coexisten con sistemas formales realmente disponibles y eficientes, puesto que de otro modo se transforman

en una simple imposición del más poderoso. Si no hay una posibilidad real de acceder a la justicia, las negociaciones se convierten simplemente en un “acepta este mal acuerdo porque si no vas a perderlo todo”.

Por lo mismo, todas las reformas a la justicia en los últimos años, desde la comisión presidida por Lord Wolf en Gran Bretaña⁶⁹, se han propuesto bajar los costos de los procedimientos judiciales, disminuir los tiempos y la incertidumbre y equilibrar la situación de las partes en los procesos civiles. Justicia de pequeñas causas, más procedimientos flexibles, bajo un control muy estricto de los jueces, a quienes se les entregan diversos instrumentos para dirigir el proceso y asegurar su pronta conclusión⁷⁰; todo ello imbricado con sistemas alternativos de resolución de conflictos, estrechamente interconectados con la justicia formal, son las vías que ha seguido en los últimos años los países que han sido más exitosos en sus intentos de reformar su justicia civil.

Curiosamente nuestra reforma a la justicia civil, más allá de lo que discursivamente se pueda afirmar, no asume los objetivos antes descritos ni utiliza las estrategias de reforma que se mencionan. Solo hace cambios al procedimiento de conocimiento, introduciendo la oralidad, pero estableciendo escasas flexibilidades en su desarrollo. No incorpora un procedimiento de pequeñas causas ni vincula tampoco el proceso judicial con la mediación, y desconoce, por último, las principales herramientas del moderno *court management*. Sí es más innovador en materia de ejecución y del recurso extraordinario, pero ambas materias, como antes se dijo, son precisamente las que no fueron aprobadas en el primer trámite constitucional del proyecto.

VII. FALTA DE APOYO A LAS REFORMAS

Las reformas judiciales, cuando son en serio, es decir, aquellas que persiguen realmente transformar el funcionamiento de un poder esencial dentro de la idea de estado democrático de derecho, son extremadamente complejas de llevar a cabo. Hay muchos intereses creados en que las cosas no cambian, pues son innumerables los beneficiados con que se mantenga el *statu quo* en el sistema de justicia. Se produce así el tradicional problema

⁶⁹ Ver al respecto CEJA (2005).

⁷⁰ Lo que ha dado en denominarse “*court management*”.

de las políticas públicas, conforme al cual si bien son más quienes ganarían con un cambio de la situación, los que tienen intereses comprometidos en mantenerla poseen el poder y la capacidad de organización y *lobby* de que carece la mayoría, logrando que su número reducido no sea obstáculo para imponer sus puntos de vista y hacer fracasar las iniciativas de cambio. La sola fuerza de la inercia juega ya en su favor. Si ello es así en la mayoría de las áreas del quehacer público, lo es con más fuerza aún en una conservadora por naturaleza, como lo es la justicia, donde la tradición tiene un poder mucho mayor que en cualquier otra.

Por lo mismo resulta crítico entender a la reforma judicial como un proceso, antes que nada político. Naturalmente ello no quita que deba ser técnicamente bien elaborado, pero su éxito o fracaso no dependerá solo de las bondades de sus propuestas, sino más bien de que sea capaz de acumular suficientes apoyos y poder político para llegar a puerto. Y esos apoyos deben ser persistentes en el tiempo, pues generalmente toma largos períodos concretar los cambios, entendiéndose por ello no solo lograr su aprobación, sino más que nada concluir una implementación exitosa. A lo largo de ese período con toda probabilidad van a surgir detractores y se presentarán múltiples problemas, algunos inevitables, otros propios de errores en el proceso de implementación. Si no hay suficiente convicción de la necesidad de hacer los cambios y se sucumbe a la voz de los nostálgicos o se abandona el proceso ante el primer fracaso, no hay duda que este jamás podrá concretarse. Se trata, además, de un apoyo político difícil de obtener porque no se sujeta a los tiempos normales de la política, siendo difícil, sino imposible, que el mismo gobierno que inicie un proceso de cambios a la justicia logre siquiera divisar sus beneficios. Lo más probable es que ese gobierno y el que siga (cuestión particularmente clara en nuestro país, dado lo cortos que son los períodos presidenciales) solo vean los costos y, cuando más, éxitos muy parciales que en nada equiparan los esfuerzos desplegados.

A lo anterior se une que las reformas judiciales han demostrado ser también muy gravosas en términos económicos. Como ya se consignó, no hay ninguna de las que llamamos reformas en serio que no haya demandado un aumento sustancial de los presupuestos judiciales, incluso en aquella, la de familia, en que ello trató de evitarse.

La pregunta, entonces, es cómo construir apoyo político detrás de reformas en un sector que tradicionalmente ha carecido de peso o importancia política, a diferencia de otras áreas con una conexión más directa

con las demandas ciudadanas. Ese fue el desafío que debieran enfrentar las transformaciones a la justicia en Chile una vez recuperada la democracia. La estrategia inicial fue buscarlo en el poderoso impulso que la propia transición política generaba, colocando estas reformas (paradigmáticamente la idea de un Consejo Nacional de la Magistratura) como una pieza central dentro del proceso de reconstrucción del sistema político democrático. Esa estrategia, como ya se adelantó, fracasó no por falta de potencia política, sino debido a la sobrerrepresentación parlamentaria que se aseguraron los partidarios del gobierno militar, a partir de la forma cómo configuró el sistema electoral y, particularmente, gracias a la existencia de senadores designados, que les aseguraba capacidad de veto. Dado que las posiciones tras las reformas inicialmente intentadas a la justicia se alinearon con los críticos de la dictadura apoyándolas y viceversa, el resultado no podía ser otro que la inviabilidad de los cambios, más allá de que algunos menos confrontacionales lograran ser aprobados.

Conscientes de esta situación, el objetivo explícito de la reforma procesal penal fue trascender a la discusión contingente y construir tras ella un apoyo transversal que permitiera superar el *impasse* generado con el anterior intento de cambio. Para ello era necesario convertir a la reforma judicial en una verdadera política de Estado, a la que todos tuvieran buenas razones para concurrir. Ello se logró construyendo un sólido diagnóstico, con base empírica, sobre cuáles eran los problemas endémicos de la justicia, males que la dictadura no había creado, sino solo exacerbado, y derivando de él objetivos políticos para el cambio engarzados con las necesidades más apremiantes de la ciudadanía. Así, la reforma ofreció hacerse cargo, por una parte, de la demanda de mayor respeto de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos que se encontraba particularmente presente en ese entonces, asumiendo que el proceso penal se había convertido, en los hechos, en la principal fuente de violación cotidiana de tales derechos. Pero al mismo tiempo, ofreció también responder a la demanda por mayor seguridad ciudadana que, como era bastante de esperar, acompañó al proceso de apertura política propio de la transición, el que se vio acompañado con un aumento sostenido de los hechos delictuales.

Como ya se ha mencionado, hasta ese momento el consenso técnico indicaba que ambos objetivos eran antagónicos, que existía una suerte de suma cero entre ambos, de modo tal que todo lo que se podía ganar en uno debía ser, necesariamente, a costa del otro. En otros términos, que, si se

quería contar con un sistema penal eficiente, ello debía hacerse a costa de reducir el nivel de las garantías y, por el contrario, si se quería un sistema que resguardara de mejor manera las garantías, ello solo podría ser posible renunciando a niveles de eficiencia. Hasta ese entonces nadie parecía haber reparado que el sistema vigente, el inquisitivo, mostraba resultados extraordinariamente limitados en ambas dimensiones: eficiencia y garantías, por lo que había un espacio para ganar en la primera (mejorando, por ejemplo, la labor de investigación y la coordinación entre esta y la persecución judicial) y al mismo tiempo elevar el estándar de respeto a las garantías (presunción de inocencia y derecho a defensa incluidos). Más allá de los excesos discursivos que puedan haberse producido cuando se ofreció que el nuevo sistema de justicia poco menos que iba a terminar con la delincuencia en Chile, lo cierto es que la promesa de mayores garantías y eficiencia se cumplió, tal como comprueba, por ejemplo, la disminución de los presos sin condena y, al mismo tiempo, el aumento del número de personas privadas de libertad.

Las reformas importantes a la justicia que siguieron igualmente entendieron que debían empalmar con objetivos políticos significativos. Así fue como la de familia vino a hacer posible un cambio largamente esperado en el país: la existencia de un divorcio con separación de vínculos, además de estar estrechamente relacionada con un cambio de paradigma en el tratamiento de los menores, quienes de ser considerados objeto pasaron a ser sujetos de derecho, de la mano de la ratificación de la Convención de Derechos del Niño. Por su parte, la reforma laboral nació en el contexto de demandas muy intensas por modificar las relaciones entre trabajadores y empleadores y fue vendida como una herramienta trascendental en tal sentido, cuestión que de suyo da cuenta del momento de gloria que estaba viviendo la justicia en que se le atribuían beneficios que antes se pensaba solo estaba en manos del legislador entregar.

El apoyo político no puede construirse de espaldas a la comunidad legal; es más, resulta hasta indispensable una extendida visión de la necesidad y oportunidad de la reforma entre los operadores del sector, para que este proceso pueda avanzar. Pero en ningún caso se requiere un consenso de todos ellos (ya hemos dicho que hay múltiples intereses creados al interior de la comunidad legal que nunca concurrirán con su voluntad a cambios que los perjudican) y tampoco basta con este apoyo técnico para obtener el sostén político que haga viable la reforma. En el caso de la reforma procesal penal el apoyo de la comunidad legal se construyó metódicamente a partir del

diseño de una reforma, que se hacía explícitamente cargo de las discusiones habidas sobre estos temas al interior de dicha comunidad (y de intentos previos de cambio) y tomando en consideración lo mejor de la experiencia comparada de una elaboración, así como sumando activamente al trabajo del Foro para la Reforma Procesal Penal a los más destacados exponentes de las instituciones del sector, la academia, la práctica y las asociaciones gremiales. Así y todo hubo oposición de los reductos más conservadores, paradigmáticamente de los departamentos de Derecho Procesal de las Universidades de Concepción y Chile. Pero, como ya se reseñó, al final la potencia del proceso fue tal que hasta la Corte Suprema terminó apoyando mayoritariamente la transformación.

En las reformas hoy pendientes no ha habido ni de lejos un esfuerzo similar por construir un apoyo que las viabilice. Más allá de ciertos enunciados contenidos en los mensajes de los proyectos de nuevo Código Procesal Civil, las propuestas no se hacen cargo de lo que debiera ser el principal objetivo político de una reforma en la materia, esto es, aumentar sustantivamente el acceso a la justicia. Como ya se expresó, el principal problema de nuestra justicia civil es el de su intrascendencia, por lo que una reforma en la materia debiera buscar que ella pasara a ser una sede realmente disponible para la resolución de los conflictos que se generen producto de la actividad económica. En ningún caso ello puede significar proponerse que todos los conflictos deban ser resueltos allí, pero sí que la posibilidad de que ello suceda sea cierta y no una mera quimera para los ciudadanos. Esto se traduce en el establecimiento de procedimientos realmente expeditos y costo/efectivos para todo tipo de conflictos, particularmente aquellos que se han dado en llamar “pequeñas causas” y que no son otros que los que afectan cotidianamente al común de los ciudadanos.

Las propuestas que se han sometido a discusión no solo no han abordado la justicia de pequeñas causas, sino también han dejado de lado las áreas donde los ciudadanos tienen más clara la necesidad de contar con sistemas eficientes de resolución de conflictos, como lo son el consumo y la salud. Estas últimas, en vez de ser parte de una justicia civil moderna y socialmente legitimada, cuentan hoy con sus propios sistemas de resolución de conflictos, generados al margen de la justicia civil precisamente por la inadecuación de esta. Baste recordar que en la misma época en que se proponía reformar la justicia civil en Chile, se discutía también potenciar los sistemas de protección de los derechos de los consumidores; sin embargo,

los intentos por situar en la justicia civil la resolución de los conflictos del consumo rápidamente fue dejada de lado, manteniendo la competencia del grueso de estos asuntos en los juzgados de policía local⁷¹.

Incluso la mediación, que debiera ser considerada como parte de un sistema integrado de nueva justicia civil, estrechamente engarzado con el funcionamiento de los tribunales, hasta la fecha no ha formado parte integrante de la reforma, considerándose a lo más como un complemento que debiera ser objeto de una legislación aparte. Es lo que ha sucedido con los conflictos de salud⁷², cuantitativamente muy significativos, donde se estableció una instancia obligatoria de mediación previa que, en la práctica, opera como el único mecanismo de que disponen los usuarios de esos sistemas para resolver sus reclamos.

La justificación de la reforma se ha limitado, entonces, a señalar la importancia de incluir procedimientos orales y de acortar la duración de los procesos⁷³. Siendo sin duda importante incorporar la oralidad, lo cierto es que se trata solo de un instrumento técnico, por cierto el mejor disponible, pero no constituye en sí un objetivo político, sino una herramienta dispo-

⁷¹ En el texto original, mensaje del año 2014, de la que se convertiría en la Ley N° 21.081, se señala que: “Con el objeto de mejorar sustancialmente la protección del consumidor afectado en sus intereses individuales, el proyecto reemplaza la competencia de los Juzgados de Policía Local para resolver las infracciones e indemnizaciones en materia de conflictos de interés individual. Las denuncias por infracciones serán resueltas por el SERNAC. En tanto que las acciones de indemnización de perjuicios serán resueltas por los Tribunales Ordinarios de Justicia, en particular por los Juzgados de Letras en lo Civil, que por su experticia son los órganos adecuados para ejercer jurisdicción en esta materia y generar una jurisprudencia uniforme”.

⁷² La Ley N° 19.966, en su artículo 43, dispone que cuando se genere un conflicto entre un usuario y un prestador público de salud, este debe sujetarse a una instancia previa de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado y, si el proveedor es privado, ante la Superintendencia de Salud.

⁷³ Así lo señala el mensaje del proyecto de Código Procesal Civil del año 2012: “Transcurrida más de una década desde la promulgación del conjunto de cuerpos legales que conformaron la Reforma Procesal Penal y de otras inspiradas en los mismos criterios, muchos de sus principios constituyen estándares mínimos que se exigen al sistema de justicia. Es así como por ejemplo, la introducción preponderante de la oralidad en los procedimientos, con la subsecuente inmediación del juez con las partes y con el material probatorio, la valoración racional de la prueba conforme a la sana crítica, la concentración de etapas procesales disminuyendo los tiempos de respuesta, la publicidad, modernización y tecnologización del proceso, la simplificación del régimen recursivo así como menores barreras de acceso de los justiciables, constituyen en nuestros días una demanda instalada entre los chilenos y chilenas”.

nible para resolver un problema político. Tampoco puede ser un objetivo de esa naturaleza acortar la duración de los procesos, en la medida que no se trate de aquellos que afectan a los ciudadanos, los que hemos visto no llegan actualmente a los tribunales civiles chilenos. Es más, las ganancias en términos de eficiencia pueden incluso ser resistidas por el común de la gente si ellas se dan en áreas en que sienten que les perjudican. Eso es lo que sucedió con el aporte más modernizador de la reforma intentada hasta la fecha, el de las cobranzas judiciales, el que difícilmente podía despertar apoyos masivos si su objetivo era facilitar la ejecución de las deudas. Curiosamente, ni siquiera logró un apoyo entusiasta de los bancos y entidades financieras que se podrían haber visto beneficiados.

De allí que no pueda extrañar que tras la reforma a la justicia no existan actores sociales relevantes apoyándola. Las asociaciones que agrupan a empresarios (ya sean grandes, medianos o pequeños), y a los consumidores, hasta la fecha se muestran ajenos y distantes a su suerte, probablemente porque no ven que en ella se juega realmente nada relevante para sus respectivos intereses. Esto no deja de ser paradójico, más aún si se consideran los recursos que hoy día se invierten en sistemas privados de resolución de conflictos y los aún más significativos que se pierden por las limitaciones de estos.

Por lo demás nunca se desarrolló un discurso que justificara la reforma por su necesidad para el desarrollo económico del país, cuestión que no sería muy difícil de hacer en la medida que las propuestas se hicieran cargo de solucionar los déficits de acceso a la justicia que hemos descrito. Contrasta esta situación con lo sucedido con la reforma al sistema de quiebras en el país, en que ese discurso fue clave para sacarla adelante. La explicación de por qué sí se hizo en ese caso reside en que la reforma la tomó el Ministerio de Economía, quitándole al Ministerio de Justicia un tema que tradicionalmente le había sido propio. De hecho, la nueva Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, que reemplazó a la vieja Sindicatura General de Quiebras, depende ahora de Economía⁷⁴.

Ni aún en la comunidad legal el apoyo a estas iniciativas ha sido muy intenso, en parte por lo encapsulado del proceso, pero fundamentalmente por lo poco trascendente que seguirá siendo la justicia civil hasta que no se ataque el problema de fondo que la aqueja que, tal como hemos venido

⁷⁴ El propio cambio de nombre de la institución refleja el énfasis distinto que se le otorga. Ley N° 19.806 de 2002.

insistiendo, no es otro que los graves problemas de acceso que presenta. Así, entonces, la reforma al proceso civil solo parece una cuestión que despierta el interés de los procesalistas, los que, por muy relevantes que sean, es obvio que no son suficientes para sostener un proceso político de reforma sustancial a la justicia.

Tampoco ayudaron a impulsar la idea de reforma iniciativas impulsadas en paralelo, particularmente por la propia Corte Suprema, como la de digitalizar íntegramente la tramitación de los juicios civiles, la cual es percibida como una suerte de consolidación del sistema actual, no reformado.

En el caso de la reforma institucional al Poder Judicial, la situación es distinta. Quienes han impulsado los cambios institucionales en los últimos años han sido preferentemente actores internos del propio Poder Judicial, agrupados en torno a la Asociación Nacional de Magistrados, a partir de un diagnóstico muy crítico sobre la forma cómo se ejerce el gobierno judicial y las consecuencias que ello tiene para la necesaria independencia interna de los jueces. El problema más complejo de concentrar las potestades de gobierno en la jerarquía del Poder Judicial es la confusión que se produce en su ejercicio con las facultades propiamente jurisdiccionales. Los mismos que gobiernan al Poder Judicial, participando en los nombramientos y ascensos, ejerciendo la disciplina y administrando sus recursos, son los llamados a decidir en última instancia los conflictos jurisdiccionales; de suerte que un juez, que no sigue los criterios jurisdiccionales fijados por sus superiores, bien puede verse expuesto a sufrir consecuencias en su carrera. De allí el riesgo de una posición dócil de dicho juez si es que quiere hacer carrera, asumiendo en la resolución de los conflictos que lleguen a su conocimiento no su personal valoración de los hechos y de derecho, sino la de sus superiores, quienes terminan imponiendo sus visiones por vías distintas a los recursos judiciales establecidos al efecto.

La Asociación de Magistrados siempre ha estado consciente de que el problema anterior, al ser parte fundamental del diseño institucional del sistema judicial chileno, es antes que nada un problema político. Por lo cual ha desplegado durante años una estrategia para acumular apoyos de tal naturaleza tras los cambios, siendo el más paradigmático el del establecimiento en Chile de un Consejo Nacional de la Justicia. Si bien es una iniciativa que, tal como se reseñó, tuvo especial relevancia en el período inmediatamente posterior al retorno a la democracia, en los últimos años cobró nueva importancia gracias a la acción del gremio de los jueces. En

buena medida producto de tal perseverancia, el tema tuvo espacio en las propuestas de los candidatos a las últimas elecciones presidenciales y se esperaba que fuera el cambio más importante al Poder Judicial en las ideas para una nueva Constitución que se discutieron durante el anterior gobierno y en la propuesta que en definitiva presentó ese mismo gobierno días antes de dejar el poder⁷⁵. Sin embargo, nada de ello sucedió y la propuesta, que en general no tuvo tampoco mayor repercusión⁷⁶, mantuvo la organización y el funcionamiento del Poder Judicial tal como los conocemos⁷⁷.

Los déficits de apoyo político a la reforma institucional son dos. Por una parte, se trata de un tema que difícilmente es entendido por la ciudadanía, que lo ve como una cuestión compleja, ajena a sus intereses más concretos, por lo que jamás podrá esperarse que concite apoyos masivos. En todo caso, tal apoyo ciudadano podría no ser indispensable en una reforma que no debiera entrañar grandes inversiones, pudiendo formar parte de otros ajustes similares que requiere nuestra institucionalidad, por ejemplo en materia de justicia constitucional. Sin embargo, ni siquiera dentro de la clase política ni en la comunidad legal hay tanta claridad sobre la necesidad de hacer los cambios propuestos, los que hasta la fecha han tenido la oposición de la propia Corte Suprema. A menos que exista un conflicto institucional de magnitud entre los poderes del Estado, es difícil pensar que pueda hacerse una reforma de esta naturaleza sin el acuerdo del más alto tribunal. Por ello es que resulta inexplicable que no se haya aprovechado la oportunidad que la propia Corte Suprema abrió el año 2014⁷⁸ cuando, probablemente ante el temor de que un Consejo Nacional de la Magistratura externo pudiera prosperar, se manifestó dispuesta a ceder sus facultades de gobierno a un ente interno del Poder Judicial, integrado por todos sus estamentos, y concentrarse en el futuro exclusivamente en sus competencias jurisdiccionales. Todo indica que esta oferta no se mantiene hoy en pie y que será difícil vuelva a replantearse, al menos en el corto plazo.

⁷⁵ Mensaje presidencial de 6 de marzo de 2018, Boletín de la Cámara de Diputados N° 11.617-07.

⁷⁶ Su tramitación parlamentaria se encuentra paralizada.

⁷⁷ En lo que nos interesa, mantiene intactas la integración, forma de designación y competencias de la Corte Suprema, incluidas las relativas al gobierno del Poder Judicial.

⁷⁸ Acta N° 186-2014, suscrita luego de la jornada de reflexión llevada a cabo por la Corte Suprema ese mismo año.

VIII. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos visto cómo la justicia pasó, de ser un sector tradicionalmente abandonado de la atención y de las políticas públicas en nuestro país, a ser considerado uno de los ejemplos en el proceso de modernización del Estado, desatando un proceso que, en áreas muy significativas y complejas, le cambiaron la cara a nuestros servicios institucionales de resolución de conflictos. Pero al mismo tiempo hemos visto cómo tal proceso fue perdiendo impulso, lo que hace poco probable que se complete, por lo que continuarán en el sector coexistiendo áreas reformadas, modernas y eficientes, con otras que funcionan más o menos igual a como lo hacían en el siglo XIX, todo lo cual redundará en altos costos para la eficiencia y la calidad de los servicios judiciales que reciben nuestros ciudadanos.

Sin duda hay razones externas que permiten, al menos en parte, explicar este vuelco. Por lo pronto, la pérdida de vigor del impulso modernizador es un fenómeno compartido en la región, como lo fueron en su tiempo las propias reformas de la mano de una muy activa cooperación internacional y de todo un movimiento regional que se desplegó a su alrededor.

También ha jugado un rol importante el cambio en las prioridades políticas en el país, donde temas que siempre han sido importantes en las políticas públicas, como los de educación, salud o previsión, hoy cobran relevancia aún mayor, al punto que parecen eclipsar en forma definitiva a todos los otros. Y no solo se produce ese copamiento de la agenda, sino también un cambio de mirada en el cual las ideas motrices de la modernización que animaban a las reformas judiciales hoy son vistas con mayor distancia y desconfianza. Por ejemplo, hoy parece extremadamente difícil sacar de la esfera de los tribunales parte de sus competencias y trasladarlas a privados o cuestionar la idea de que la justicia civil deba ser completamente gratuita, cuestiones que parecen necesarias y que sí estuvieron presentes e impulsaron algunos de las anteriores reformas.

Pero a estas razones, que se podrían caracterizar como foráneas, se unen otras que son de exclusiva responsabilidad del sector, pues este no ha sido capaz de aprender de sus propios éxitos y muy rápidamente ha vuelto a una forma de hacer las cosas en materia de reforma judicial que asegura no solo la intrascendencia, sino el fracaso. Es una lástima constatar el decaimiento político y técnico del proceso de reforma judicial y el desaprovechamiento de los avances que ya se habían logrado. Carecemos hoy de una estrategia polí-

tica y de propuestas técnicas idóneas para completar el proceso de reformas, propuestas que no solo aglutinen tras de sí al grueso de la comunidad legal, sino que sean capaces también de movilizar a los actores sociales afectados.

Si hay una lección que deberíamos haber extraído de la experiencia acumulada tras dos intensas décadas de reformas judiciales, es que es una ilusión pretender que se puede cambiar el sector sin haber alcanzado grados muy altos de consenso sobre las reformas. Y al mismo tiempo debiéramos haber aprendido que esos consensos se construyen técnicamente, pero se concretan solo en la medida que los cambios respondan a objetivos políticos claros y potentes.

El consenso también tiene que ser institucional, pues, nos guste o no, es muy difícil que, dentro de un período de normalidad política, una reforma que implique alterar en forma sustantiva el poder o el funcionamiento al interior de las instituciones del sector, pueda concretarse sin el concurso de ellas mismas. Es cierto que ese concurso puede forzarse, como lo prueba la experiencia de la reforma procesal penal y su aprobación *in extremis* por parte de la Corte Suprema, pero en cualquier caso esa participación hay que lograrla, sin pretender prescindir de ella.

BIBLIOGRAFÍA

- ANGELL, Alan y FAÚNDEZ, Julio (2005): “Reforma judicial en América Latina. El rol del Banco Interamericano de Desarrollo”. *Revista Sistemas Judiciales*, año 4, N° 8.
- BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio (2003): *Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Estado de una Reforma en Marcha* (Santiago, Universidad Diego Portales).
- CASAS, Lidia; DUCE, Mauricio; MARÍN, Felipe; RIEGO, Cristián y VARGAS, Macarena (2006): *El funcionamiento de los nuevos tribunales de familia: resultados de una investigación exploratoria*. Disponible en <https://www.academia.edu/27342509/El_funcionamiento_de_los_tribunales_de_Familia_resultados_de_una_investigaci%C3%B3n_exploratoria>.
- CEJA (2005): *La reforma a la justicia civil en Inglaterra y Gales*. Disponible en <<http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1177/ceja-justicia-civil-inglesa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>.
- DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristián; MARÍN, Felipe; VARGAS, Macarena y ALCAÍNO, Eduardo (2015): *Una propuesta normativa para contribuir*

a la discusión de la reforma procesal civil. Disponible en <<http://www.reformasprocesales.udp.cl/reformasprocesales/index.php/publicaciones/opinion/157>>.

- HAEUSSLER, María Josefina (1991): “Actividades en apoyo de la administración de justicia”. En *Proyecto de capacitación, formación, perfeccionamiento y política judicial: administración de tribunales* (Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria).
- PASARA, Luis (2011): “La experiencia comparada de los Consejos”. *Revista Reforma Judicial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM* N° 18.
- (2014): *Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo* (Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú).
- VALDIVIESO, Carlos, WAGNER, Gert y FONTAINE, Ernesto (1996): *Reforma procesal penal. Análisis costo-beneficio*. Fundación Paz Ciudadana. Disponible en <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/1996/01/m252-rpp_analisis_costo_beneficio.pdf>.
- VALENZUELA, Eugenio (ed.) (1991): *Proposiciones para la reforma judicial* (Santiago, Centro de Estudios Públicos).
- VARGAS VIANCOS, Juan Enrique (1998): “La reforma a la justicia criminal en Chile: el cambio del rol estatal”. En *La reforma de la justicia penal. Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie seminario* N° 38 (Santiago, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales).
- (2000): “Organización y funcionamiento de los tribunales en el nuevo sistema procesal penal. En *Nuevo proceso penal. Cuaderno de Trabajo* N° 2 (Santiago, Universidad Diego Portales).
 - (2001): “Las estrategias de reforma judicial en América Latina”. En CASSEL, Douglass, *Implementando el nuevo proceso penal en Ecuador: desafíos y retos* (Washington, Fundación para el Debido Proceso Legal y Fundación Esquel).
 - (2010a): “La inversión pública en justicia”. En *VII Seminario de Gestión Judicial. La inversión en justicia* (Santiago de Chile, CEJA y Superior Tribunal de Justicia de Río Negro).
 - (2010b): “Reforma procesal penal: Lecciones como política pública”. En *A 10 años de la reforma procesal penal: Los desafíos del nuevo sistema* (Santiago de Chile, Ministerio de Justicia).

- (2018): “La realidad latinoamericana. Ejemplos y modelos: Chile”. En BINDER, Alberto y GONZÁLEZ, Leonel (dirs.), *Gobierno judicial. Independencia y fortalecimiento del Poder Judicial en América Latina* (Santiago de Chile, Global Affaires Canadá y CEJA).

LINEAMIENTOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE INDEPENDENCIA JUDICIAL ¿DERECHO DEL JUEZ A LA INAMOVILIDAD?

GUIDELINES OF THE INTER-AMERICAN COURT
OF HUMAN RIGHTS ON JUDICIAL INDEPENDENCE
¿THE JUDGE'S RIGHT TO IRREMOVABILITY?

MIRIAM HENRÍQUEZ VIÑAS*

RESUMEN: El presente artículo plantea que la jurisprudencia interamericana ha sentado que la independencia judicial no solo debe analizarse como el derecho a un juez independiente sino también como el derecho del juez a la inamovilidad. Para ello se analiza la jurisprudencia relevante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a fin de desentrañar los criterios generales sentados sobre independencia judicial y el derecho al juez independiente. Asimismo, se examina si el derecho del juez a la inamovilidad es un elemento central de la independencia judicial y las facultades que lo configuran.

ABSTRACT: This article presents that inter-american jurisprudence has established that judicial independence should not only be analyzed as the right to an independent judge but also as the judge's right to irremovability. With this objective, the relevant jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights is analyzed in order to clarify the general criteria affirmed on judicial independence and the right to an independent judge. It also examines whether the judge's right to irremovability is a central element of judicial independence.

PALABRAS CLAVE: Independencia judicial, inamovilidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, jurisprudencia interamericana.

KEYWORDS: Judicial independence, irremovability, Inter-American Court of Human Rights, inter-American jurisprudence.

* Doctora en Ciencias Jurídicas Universidad de Santiago de Compostela (España). Profesora de Derecho Constitucional y directora del Departamento de Derecho Público de la Universidad Alberto Hurtado, Santiago, Chile. Correo electrónico: miriamhenriquez@yahoo.es - mhenriqu@uahurtado.cl.

I. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia interamericana es señera en la protección de la independencia judicial, más precisamente del derecho del justiciable a un juez independiente y del derecho del juez a permanecer en su cargo, con base en lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención o Convención Americana), que establece las garantías judiciales y dispone:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

En su reciente devenir jurisprudencial, las principales problemáticas abordadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte o Corte Interamericana) relativas a la independencia judicial son: a) La estabilidad y permanencia de los jueces provisorios; b) La autonomía real de los tribunales en contextos específicos como conflicto armado, estado de excepción, regímenes autoritarios, etc.; c) El ámbito restrictivo y excepcional de la jurisdicción militar; d) la extensión institucional-Estado o individual-juez de la independencia judicial; e) El ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales por órganos o autoridades distintas del Poder Judicial y su autonomía; entre otros asuntos¹.

En todo caso, las cuestiones resueltas por el tribunal internacional difieren según la época en que le corresponde decidir, distinguiéndose aquellos casos dictaminados en la década de los 70 y 80 de aquellos resueltos en estos últimos veinte años. Los primeros se enmarcan, siguiendo a PARRA, en un momento en que el sistema interamericano tuvo un rol importante en la denuncia y documentación de las violaciones masivas y sistemática de los derechos humanos, particularmente por razón de las dictaduras militares y

¹ Una completa revisión entre independencia judicial y las problemáticas abordadas por la Corte Interamericana entre 1987 a 2010 puede revisarse en DELGADO (2011): “El derecho fundamental al juez independiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, pp. 316-320.

los abusos cometidos en los estados de excepción. Los segundos, siguiendo nuevamente a PARRA, visibilizan el funcionamiento irregular de la administración de justicia, por razón de la demora, la corrupción, la inadecuada gestión y los déficits democráticos que afectan a la separación de poderes y al Estado de derecho².

Sin perjuicio de las múltiples aristas a partir de las cuales se puede tratar la independencia judicial, el presente trabajo se perfila en base a una hipótesis: según la jurisprudencia interamericana, la independencia judicial no solo debe analizarse como el derecho del justiciable a un tribunal independiente sino también como el derecho del juez a la inamovilidad.

La hipótesis propuesta persigue el siguiente objetivo: conocer la jurisprudencia relevante de la Corte Interamericana a fin de desentrañar los criterios generales sentados sobre independencia judicial y el derecho al juez independiente. Tras ello, verificar si el derecho del juez a la inamovilidad es un elemento central de la independencia judicial y los lineamientos expuestos por el tribunal interamericano en su jurisprudencia reciente sobre las facultades que lo conforman.

La relevancia del estudio de la jurisprudencia interamericana sobre la independencia judicial es indiscutible, toda vez conformaría una orientación para futuras reformas a la administración de justicia en Chile. Máxime si los casos de los cuales se desprenden tales lineamientos están estrechamente vinculados con aspectos esenciales para el Estado de derecho, como la separación de funciones y el rol de la función judicial en la democracia.

II. METODOLOGÍA

Para la confirmación de la hipótesis y la consecución del objetivo planteado se emplea la siguiente metodología: la revisión jurisprudencial de un universo acotado de sentencias de fondo de casos contenciosos emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre enero del año 2001 a julio de 2017. La definición por las sentencias de fondo dice relación con la estricta función de adjudicación que la Corte Interamericana realiza en estos casos. Por ende, se excluyen, a pesar de su valía, las resoluciones de

² PARRA (2017): “La independencia judicial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Evolución, debates y diálogos”, en SAÍZ, Alejandro (dir.), *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos* (Valencia, Tirant lo Blanch), p. 3.

supervisión de cumplimiento de las sentencias y las opiniones consultivas de la Corte.

Cada sentencia dentro de ese período ha sido considerada como una unidad de análisis en la que se rastreó el término la “independencia judicial”. Se identificaron aquellos fallos que expresamente señalan tal término en el cuerpo de la sentencia (no en las citas al pie) y se extrajo el pasaje textual o párrafo que lo menciona.

Luego, se agruparon los párrafos desagregados para identificar los criterios generales sobre la independencia judicial y los criterios concretos sobre inamovilidad judicial. Se entendió por inamovilidad la estabilidad o permanencia en el cargo de los jueces.

Aplicados los criterios señalados de búsqueda y selección, se identifican las siguientes sentencias en el periodo definido, las que se detallan a continuación con mención a la denominación que se asigna en este trabajo. Aunque no se alude en esta oportunidad a cuáles son las razones que determinaron la responsabilidad del Estado por la violación de las garantías judiciales del artículo 8.1 de la Convención Corte Interamericana, sí es posible consignar que los Estados condenados son Chile, Perú, Ecuador y Venezuela.

	Identificación de la Corte Interamericana	Denominación del trabajo
1	Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71.	Tribunal Constitucional vs. Perú (2001).
2	Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N° 107.	Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004).
3	Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135.	Palamara vs. Chile (2005)
4	Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C N° 182.	Apitz vs. Venezuela (2008)

	Identificación de la Corte Interamericana	Denominación del trabajo
5	Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C Nº 197.	Reverón vs. Venezuela (2009)
6	Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C Nº 227.	Chocrón vs. Venezuela (2011)
7	Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C Nº 239.	Atala vs. Chile (2012)
8	Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C Nº 266.	Corte Suprema vs. Ecuador (2013)
9	Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C Nº 268.	Tribunal Constitucional vs. Ecuador (2013)

Fijado así el enfoque del artículo, los criterios se expondrán exclusivamente a partir de la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana. De esta forma, la referencia a los autores es excepcional y solo buscará exponer aquellas definiciones y contextos estimados imprescindibles.

III. CRITERIOS SOBRE INDEPENDENCIA JUDICIAL Y DERECHO A UN JUEZ INDEPENDIENTE

La Corte Interamericana ha sentado una serie de criterios sobre la independencia judicial, entre los que cabe destacar: a) La separación de poderes tiene como un objetivo fundamental la independencia judicial; b) La independencia es esencial para el ejercicio de la función judicial; c) La independencia judicial, distinta de la imparcialidad, es una garantía del debido proceso, y d) La independencia judicial se vincula con el derecho a

un juez independiente, que es el derecho del justiciable a que un juez falle conforme a Derecho sin injerencias indebidas de otros órganos ni aquellas provenientes del mismo Poder Judicial.

Estos criterios se extraen de la interpretación que la Corte Interamericana ha hecho, en distintos casos concretos, del artículo 8.1 de la Convención Americana. Así, en los casos *Tribunal Constitucional vs. Perú* (2001)³, *Apitz vs. Venezuela* (2008)⁴, *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (2009)⁵ y *Atala vs. Chile* (2012)⁶, aseveró que “uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces”. En estas sentencias se vinculan el principio de separación de funciones, la forma de gobierno republicana y democrática y la independencia judicial.

En los casos *Palamara vs. Chile* (2005)⁷ y *Reverón vs. Venezuela* (2009)⁸ se sustentó que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías específicas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, esencial para el ejercicio de la función judicial.

Puntualmente, en el caso *Palamara vs. Chile* (2005), la Corte consignó la importancia de la imparcialidad y de la independencia judicial. Respecto a la imparcialidad –en referencia al caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004)–, señaló que es una garantía del debido proceso:

“[...] el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio”⁹.

³ Corte IDH, *Tribunal Constitucional vs. Perú* (2001), párr. 73.

⁴ Corte IDH *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela* (2008), párr. 55.

⁵ Corte IDH *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (2009), párr. 67.

⁶ Corte IDH *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012), párr. 186.

⁷ Caso *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005), párr. 145.

⁸ Corte IDH *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (2009), párr. 67.

⁹ Corte IDH *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005), párr. 145, y Corte IDH *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (2004), párr. 171. Este párrafo concluye expresando: “Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática”.

En la misma sentencia agregó una mención a la independencia judicial externa:

“[...] la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio de la función judicial”¹⁰.

En el caso *Apitz vs. Venezuela* (2008), la Corte Interamericana aclaró que, si bien independencia e imparcialidad se relacionan, tienen “*un contenido jurídico propio*”, y complementó afirmando que la imparcialidad “*exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad*”¹¹.

Por otro lado, en la sentencia recaída en *Reverón vs. Venezuela* (2009), la Corte expresó que la independencia judicial es una garantía del debido proceso, operando en todo tipo de procedimientos e incluso en estados de excepción. En sus términos afirmó:

“El principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona. La Corte ha considerado que el principio de independencia judicial resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive, en situaciones especiales, como lo es el estado de excepción”¹².

Nuevamente en el icónico caso *Reverón vs. Venezuela* (2009), la Corte vinculó la independencia judicial con el derecho a un juez independiente, esto es, el derecho de la persona a ser juzgada por un tribunal conforme a Derecho sin injerencias indebidas. A juicio del tribunal internacional, este derecho se relaciona con las obligaciones de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Respecto del primero, esto es, la obligación de respetar los derechos:

¹⁰ Corte IDH *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005), párr. 145.

¹¹ Corte IDH *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela* (2008), párr. 56.

¹² Corte IDH *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (2009), párr. 68.

“[...] el Estado tiene el deber de respetar y garantizar, el derecho a ser juzgado por un juez independiente. El deber de respeto consiste en la obligación negativa de las autoridades de abstenerse de realizar injerencias indebidas en el Poder Judicial o en sus integrantes, es decir, con relación a la persona del juez específico. El deber de garantía consiste en prevenir dichas injerencias e investigar y sancionar a quienes las cometan”.

En relación con el artículo 2 de la Convención, esto es, el deber de adoptar disposiciones de Derecho interno, corresponde al Estado procurar “un apropiado marco normativo que asegure un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad de los jueces y las demás condiciones ya analizadas en el Capítulo VI de la presente sentencia”¹³.

En el caso *Apitz vs. Venezuela* (2008)¹⁴, *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (2009)¹⁵, *Atala vs. Chile* (2012)¹⁶ y *Corte Suprema vs. Ecuador* (2013)¹⁷ se destacó que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. Las mismas sentencias afirmaron que el objetivo de la protección “radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”.

Esta última consideración plantea que la independencia judicial debe pensarse desde la perspectiva institucional y también del juez, así como desde una lógica externa e interna. La independencia judicial interna supone que el juez no está obligado a ponderar los intereses de otros jueces, generalmente superiores al momento de fallar. Sobre este punto, la Corte destacó en el caso *Apitz vs. Venezuela* (2008):

¹³ Corte IDH *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (2009), párr. 146.

¹⁴ Corte IDH *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela* (2008), párr. 55.

¹⁵ Corte IDH *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (2009), párr. 67.

¹⁶ Corte IDH *Atala Riffó y Niñas vs. Chile* (2012), párr. 186.

¹⁷ Corte IDH *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador* (2013), párr. 154.

“[...] que el derecho internacional ha formulado pautas sobre las razones válidas para proceder a la suspensión o remoción de un juez, las cuales pueden ser, entre otras, mala conducta o incompetencia. Ahora bien, los jueces no pueden ser destituidos únicamente debido a que su decisión fue revocada mediante una apelación o revisión de un órgano judicial superior. Ello preserva la independencia interna de los jueces, quienes no deben verse compelidos a evitar disentir con el órgano revisor de sus decisiones, el cual, en definitiva, sólo ejerce una función judicial diferenciada y limitada a atender los puntos recursivos de las partes disconformes con el fallo originario”¹⁸.

Por lo anterior, corresponde diferenciar el control que debe existir sobre los jueces en la jurisdicción ordinaria y en la jurisdicción disciplinaria. En el mismo caso *Apitz vs. Venezuela* se expuso:

“En suma, para el derecho interno y para el derecho internacional por un lado se encuentran los recursos de apelación, casación, revisión, avocación o similares, cuyo fin es controlar la corrección de las decisiones del juez inferior; y por otro, el control disciplinario, que tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño del juez como funcionario público. Por esta razón, aun cuando existiera una declaración de error judicial inexcusable por parte de un órgano de revisión, debe analizarse la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción. Este tipo de revisión exige una motivación autónoma para determinar la existencia de una falta disciplinaria”¹⁹.

Como se advierte, la Corte Interamericana, tras sentar una serie de criterios sobre la independencia judicial, estima como un elemento central de la misma el derecho a un juez independiente, esto es, el derecho del justiciable a que el juez falle libre de injerencias externas e internas y lo haga únicamente fundado en y por el Derecho.

IV. CRITERIOS SOBRE EL DERECHO DEL JUEZ A LA INAMOVILIDAD EN EL CARGO

Con base en los deberes del Estado que surgen de los artículos 1.1. y 2 de la Convención, la Corte Interamericana, en los casos *Tribunal Consti-*

¹⁸ Corte IDH *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela (2008), párr. 84.

¹⁹ Corte IDH *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela (2008), párr. 86.

tucional vs. Perú (2001)²⁰, *Palamara vs. Chile* (2005)²¹, *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (2009)²² y *Chocrón vs. Venezuela* (2011)²³, expuso que las garantías de independencia judicial son: a) Un adecuado proceso de nombramiento; b) La inamovilidad en el cargo, y c) La garantía contra presiones externas. Esto es, la independencia judicial se vincula tanto con el derecho a un juez independiente como con la inamovilidad judicial.

Con mayor precisión, refiriéndose ya al derecho de los jueces a la inamovilidad, la Corte señaló en *Reverón vs. Venezuela* (2009) que:

“[...] surgen derechos para los jueces o para los demás ciudadanos. Por ejemplo, la garantía de un adecuado proceso de nombramiento de jueces involucra necesariamente el derecho de la ciudadanía a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad; la garantía de no estar sujeto a libre remoción conlleva a que los procesos disciplinarios y sancionatorios de jueces deben necesariamente respetar las garantías del debido proceso y debe ofrecerse a los perjudicados un recurso efectivo; la garantía de inamovilidad debe traducirse en un adecuado régimen laboral del juez, en el cual los traslados, ascensos y demás condiciones sean suficientemente controladas y respetadas, entre otros”²⁴.

Como elemento o garantía de la independencia judicial, la Corte ha sostenido el derecho del juez a la inamovilidad en el cargo, que, a su vez, se configura por una serie de facultades: a) El acceso y permanencia de los jueces en sus cargos en condiciones generales de igualdad, así como un proceso de ascenso adecuado; b) La prohibición de la libre remoción, y c) Que el procedimiento que finalice con la remoción o destitución debe estar fundado en causales permitidas de conducta grave y reprochable del juez, por medio de un proceso que cumpla las garantías judiciales. Con todo, el derecho del juez a la inamovilidad no es absoluto.

Lo expuesto tiene su correlato en el caso *Reverón vs. Venezuela* (2009), ocasión en que el tribunal interamericano señaló:

²⁰ Corte IDH del Tribunal Constitucional *vs. Perú* (2001), párr. 75.

²¹ Corte IDH *Palamara Iribarne vs. Chile* (2005), párr. 156.

²² Corte IDH *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (2009), párr. 70.

²³ Corte IDH *Chocrón Chocrón vs. Venezuela* (2011), párr. 98.

²⁴ Corte IDH *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (2009), párr. 147.

“De todo esto se puede concluir que la inamovilidad es una garantía de la independencia judicial que a su vez está compuesta por las siguientes garantías: permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y no despido injustificado o libre remoción. Quiere decir esto que, si el Estado incumple una de estas garantías, afecta la inamovilidad y, por tanto, no está cumpliendo con su obligación de garantizar la independencia judicial”²⁵.

Respecto de la primera facultad, sobre acceso, permanencia y ascenso, en los casos *Apitz vs. Venezuela* (2008)²⁶ y *Reverón vs. Venezuela* (2009)²⁷, se mencionó el artículo 23.1.c de la Convención Americana, que, a juicio de la Corte Interamericana, no establece el derecho a acceder a un cargo público, sino a hacerlo en “condiciones generales de igualdad”. Lo anterior quiere decir que el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando “los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución [sean] razonables y objetivos” y que “las personas no sean objeto de discriminación” en el ejercicio de este derecho. En el caso *Chocrón vs. Venezuela* (2011), la Corte completó los criterios previos e indicó que la igualdad de oportunidades en el acceso y la estabilidad en el cargo garantizan la libertad frente a toda injerencia o presión política²⁸.

Con relación a la prohibición de la libre remoción, en los casos *Apitz vs. Venezuela* (2008)²⁹, *Reverón vs. Venezuela* (2009)³⁰ y *Chocrón vs. Venezuela* (2011)³¹, se dijo que la libre remoción de los jueces fomenta la duda objetiva del observador sobre la posibilidad efectiva de aquellos de decidir controversias concretas sin temor a represalias.

A propósito del procedimiento de remoción o destitución, la Corte afirmó en el caso *Tribunal Constitucional vs. Perú* (2001) que:

²⁵ Corte IDH *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (2009), párr. 79.

²⁶ Corte IDH *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela* (2008), párr. 206.

²⁷ Corte IDH *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (2009), párr. 138.

²⁸ Corte IDH *Chocrón Chocrón vs. Venezuela* (2011), párr. 135.

²⁹ Corte IDH *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela* (2008), párr. 44.

³⁰ Corte IDH *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (2009), párr. 78.

³¹ Corte IDH *Chocrón Chocrón vs. Venezuela* (2011), párr. 99.

“[...] la autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse independiente e imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa”³².

En el caso *Reverón vs. Venezuela* (2009), el Tribunal señaló que la independencia judicial solo implica el derecho del ciudadano, del justiciable, “es decir la persona situada precisamente frente a aquel juez que resolverá el litigio” de ser juzgado por un juez independiente³³. Según este fallo, “los derechos para los jueces o demás ciudadanos” surgen de las obligaciones del Estado contenidas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana mas no del artículo 8.1. Sin embargo, en el caso *Tribunal Constitucional vs. Ecuador* (2013), se modificó este criterio y se afirmó por la Corte que la independencia judicial también comprende el derecho del juez a la inamovilidad:

“[...] la independencia judicial no sólo debe analizarse en relación con el justiciable, dado que el juez debe contar con una serie de garantías que hagan posible la independencia judicial. La Corte considera pertinente precisar que la violación de la garantía de la independencia judicial, en lo que atañe a la inamovilidad y estabilidad de un juez en su cargo, debe analizarse a la luz de los derechos convencionales de un juez cuando se ve afectado por una decisión estatal que afecte arbitrariamente el período de su nombramiento. En tal sentido, la garantía institucional de la independencia judicial se relaciona directamente con un derecho del juez de permanecer en su cargo, como consecuencia de la garantía de inamovilidad en el cargo”³⁴.

La reciente jurisprudencia de la Corte, condensada en los casos *Corte Suprema vs. Ecuador* (2013)³⁵ y *Tribunal Constitucional vs. Ecuador* (2013), ratifica lo hasta acá afirmado y la hipótesis propuesta al señalar que: a) El respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial; b) Las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su man-

³² Corte IDH *Tribunal Constitucional vs. Perú* (2001), párr. 74. Tal criterio fue reiterado en caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (2009), párr. 78, y *Chocrón Chocrón vs. Venezuela* (2011), párr. 99.

³³ Corte IDH *Reverón Trujillo vs. Venezuela* (2009), párr. 148.

³⁴ Corte IDH *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, párr. 197.

³⁵ Corte IDH *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador* (2013), párr. 155.

dato, y c) Cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el artículo 23.1.c de la Convención Americana³⁶.

Para finalizar, corresponde reiterar, tal como lo hizo la Corte en las sentencias de los casos *Corte Suprema vs. Ecuador y Tribunal Constitucional vs. Ecuador*, ambos de 2013, que la garantía a la inamovilidad de los jueces, es decir, a su estabilidad en el cargo, no es absoluta. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dijo la Corte, admite que los jueces sean destituidos por conductas claramente reprochables, mala conducta o incompetencia. La garantía de inamovilidad implica que la destitución obedezca a conductas bastante graves, mientras que otras sanciones pueden contemplarse ante eventos como negligencia o impericia³⁷.

V. CONCLUSIONES

La Corte Interamericana ha sentado una serie de criterios sobre la independencia judicial. Entre ellos, que la separación de poderes tiene como objetivo fundamental la independencia judicial; que la independencia es esencial para el ejercicio de la función judicial, y que la independencia judicial, distinta de la imparcialidad, es una garantía del debido proceso.

El tribunal internacional tradicionalmente ha afirmado que la independencia judicial se vincula con el derecho a un juez independiente, que es el derecho del justiciable a que un juez falle conforme a derecho sin injerencias indebidas de otros órganos ni aquellas provenientes del mismo Poder Judicial.

El tribunal interamericano ha dicho en su jurisprudencia más reciente que también es un elemento fundamental de la independencia judicial, fundado en el artículo 8.1 y 23.1.c de la Convención, el derecho del juez a la inamovilidad en el cargo. Así, la independencia judicial, a juicio de la Corte, supondría no solo un deber sino también un derecho del juez. Este derecho tendría como titular al juez, se ejercería respecto del Poder Judicial

³⁶ *Corte IDH Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador* (2013), párr. 199.

³⁷ *Corte IDH Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador* (2013), párr. 148, y *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador* (2013), párr. 192.

y se configuraría por una serie de facultades. La primera facultad consiste en el acceso y permanencia de los jueces en sus cargos en condiciones generales de igualdad, así como un proceso de ascenso adecuado. Luego, la prohibición de la libre remoción. El procedimiento que finalice con la remoción o destitución debe estar fundado en causales permitidas de conducta grave y reprochable del juez, por medio de un proceso que cumpla las garantías judiciales. Estas facultades deberían asegurar que el juez falle sin temor a represalias que finalicen con la remoción de su cargo. Con todo, el derecho del juez a la inamovilidad no es absoluto, constituiría una estabilidad reforzada en el cargo, a no ser removido arbitrariamente.

Estos razonamientos de la Corte Interamericana surgen de su jurisprudencia previa, del diálogo con el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de valorar los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura.

BIBLIOGRAFÍA

- DELGADO, Daniel (2011): “El derecho fundamental al juez independiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI.
- PARRA, Óscar (2017): “La independencia judicial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Evolución, debates y diálogos”, en SAÍZ, Alejandro (dir.), *Diálogos judiciales en el sistema interamericano de derechos humanos* (Valencia, Tirant lo Blanch).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte IDH, Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C N° 71.
- Corte IDH, Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N° 107.
- Corte IDH, Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C N° 135.
- Corte IDH, Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C N° 182.

- Corte IDH, Reverón Trujillo vs. Venezuela.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C N° 197.
- Corte IDH, Chocrón Chocrón vs. Venezuela.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C N° 227.
- Corte IDH, Atala Riffó y Niñas vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239.
- Corte IDH, Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C N° 266.
- Corte IDH, Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C N° 268.

OTRAS FUENTES

- Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 32, artículo 14: El Derecho a un Juicio Imparcial y a la Igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia, CCPR/C/GC/32, 23 de agosto de 2007.
- 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, Italia, 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.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INDEPENDENCIA JUDICIAL

FREEDOM OF EXPRESSION AND JUDICIAL INDEPENDENCE

PABLO MARSHALL*

RESUMEN: En el presente trabajo se busca dar seguimiento al caso del juez que fuera sancionado por la Corte Suprema por opiniones vertidas en un trabajo académico sobre el desempeño de la Corte durante la dictadura militar. A trece años de lo sucedido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha informado que la solución a la que llegó la Corte Suprema es atentatoria contra los derechos humanos de juez en cuestión, particularmente contra su libertad de expresión, y ordena, consecuentemente, varias medidas: dejar sin efecto la sanción, reparar sus consecuencias mediante medidas compensatorias y la modificación de las normas que permiten atacar contra el derecho a la libertad de expresión de los jueces en nuestro país. La posterior reacción de la Corte Suprema ante esta noticia es bastante alentadora. Se sugiere que esta reacción puede constituir a clarificar el régimen de restricciones a la libertad de expresión que deben tener los jueces y la importancia que una adecuada garantía que este derecho tiene para la necesaria independencia judicial. Para ello, se revisa el marco normativo consistente en las decisiones jurisprudenciales de los tribunales europeo y americano de derechos humanos.

ABSTRACT: This paper seeks to follow up on the case of the judge who was sanctioned by the Supreme Court for opinions expressed in an academic work on the performance of the Court during the military dictatorship. Thirteen years after what happened, the Inter-American Commission on Human Rights has reported that the solution reached by the Supreme Court is against the human rights of the judge in question, particularly against their freedom of expression, and orders, consequently, several measures: to cancel the sanction, to repair its consequences by means of compensatory measures and the modification of the norms that allow to attack the right to the freedom of expression of the judges in our country. The subsequent reaction of the Supreme Court to this news is quite encouraging. It is suggested that this reaction may constitute a clarification of the regime of restrictions on freedom of expression that judges should have and

* El autor es profesor de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Es doctor en Derecho por la Universidad de Glasgow y licenciado en Derecho por la Universidad de Chile. Es además editor de la revista académica *Derecho y Crítica Social*. Correo electrónico: pmarshall@uach.cl.

the importance that an adequate guarantee that this right has for the necessary judicial independence. To this end, the normative framework consisting of jurisprudential decisions of European and American human rights courts is reviewed.

PALABRAS CLAVE: Independencia judicial, libertad de expresión, disciplina judicial, derechos humanos de los jueces.

KEYWORDS: Judicial independence, freedom of expression, judicial discipline, human rights of judges.

I. INTRODUCCIÓN

El poder judicial solo puede funcionar adecuadamente en una democracia cuando sus miembros no están aislados del contexto social donde los fenómenos que estos tienen que juzgar se desenvuelven. Solo mediante la adecuada observación de su entorno y de la experiencia en primera persona de vivir en una sociedad determinada, los jueces pueden obtener los insumos necesarios para darle adecuación al ejercicio de su función y sintonizar con las necesidades sociales que mediante dicho ejercicio deben satisfacer. Ello exige que los jueces sean también considerados como individuos y ciudadanos. Esta visión, que podría denominarse como no-aislacionista de la función judicial, sin embargo, tiende a estar en tensión con la razonable expectativa, como hemos ya señalado, de que la relación que los jueces desarrollen con su entorno social no ponga en entredicho su imparcialidad e independencia¹. Para un adecuado ejercicio de su función, por tanto, la organización del ejercicio de la jurisdicción tiene que intentar encontrar un adecuado balance entre los mecanismos que permiten al juez vincularse con la sociedad donde vive y las salvaguardias de que dicha vinculación no comprometan su independencia e imparcialidad (y la apariencia de imparcialidad e independencia) frente a los ciudadanos y las partes que recurren a los tribunales de justicia.

¹ La Opinión N° 3 del Consejo Consultivo de Jueces Europeos afirmó que “[el] sistema judicial solo puede funcionar correctamente si los jueces no están aislados de la sociedad en la que viven [...]. Como ciudadanos, los jueces gozan de los derechos y libertades fundamentales protegidos [...]. Sin embargo, tales actividades pueden poner en peligro su imparcialidad o, a veces, incluso su independencia. Por lo tanto, debe lograrse un equilibrio razonable entre el grado en que los jueces pueden participar en la sociedad y la necesidad de que sean y sean considerados independientes e imparciales en el desempeño de sus funciones”.

Cuando pensamos en la relación entre la libertad de expresión y la independencia de los tribunales de justicia podemos abordarla desde varias perspectivas. Por un lado, los beneficios que el ejercicio de la libertad de expresión por parte de la ciudadanía generan para la independencia judicial son importantes como un control social de una actividad del Estado que está normalmente ajena al control político de su actividad. En la medida que los tribunales no son normalmente responsables de sus actuaciones ante la ciudadanía, o ante los representantes de esta, aparece como central que ellos sean destinatarios del principio de publicidad de la actuación pública (como una faz pasiva) y de la libertad de expresión (como una faz activa) de lo que podría llamarse una fiscalización pública de la justicia, reforzando así su legitimación democrática², en principio basada en su sujeción estricta a la ley³. En este sentido, encontrar un debido equilibrio entre jueces expuestos en varios aspectos a la crítica pública y al mismo tiempo comprometidos con la aplicación y nada más que la aplicación de las normas justificadas en sede legislativa, parece una tarea demandante. Por otro lado, puede pensarse que el ejercicio de la libre expresión por parte de la ciudadanía, pero especialmente por parte de la prensa, podría poner en peligro la independencia judicial al, por ejemplo, cuestionar su imparcialidad públicamente, revelar secretos judiciales o difundir información sensible de las partes litigantes⁴. Estas dos relaciones entre libre expresión e independencia son sin duda de capital importancia en una sociedad democrática; sin embargo, existe una tercera relación que sin duda es también importante de analizar y en que este trabajo se centrará: la libertad de expresión de los jueces en el contexto de este adecuado balance que se hace necesario pensar en otra forma en que se vinculan libre expresión e independencia judicial.

Al realizar un análisis de lo ocurrido en uno de los casos de más revuelo en el contexto chileno, en que el compromiso social y político de un juez ha hecho reaccionar ciertos mecanismos disciplinarios, en este caso operados desde la jerarquía del Poder Judicial, con la finalidad de salvaguardar las obligaciones que la función judicial impone a quienes la ejercen. Para

² ARAGÓN (1996): “Independencia judicial y libertad de expresión”, en *Derecho privado y Constitución*, vol. 10, pp. 260-2.

³ CARRILLO (2015): “La libertad de expresión de los jueces”, *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, vol. 53, pp. 15-8.

⁴ ARAGÓN (1996), pp. 262-6.

ello, sin embargo, es necesario dar un breve repaso a los hechos ocurridos y las resoluciones adoptadas en este proceso que se inició en el año 2005 con la aplicación de una medida disciplinaria y que acaba de dar un vuelco imprevisto tras una resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH). Tras ese breve recorrido por el caso concreto que se comenta y los hechos que lo antecedieron, se realizan algunas reflexiones generales sobre dos cuestiones que pueden contribuir a aclarar ciertas primeras impresiones. En primer lugar, se aborda la cuestión de si los jueces son titulares del derecho a la libre expresión y en qué casos y bajo que parámetros este derecho puede ser restringido legítimamente. Para ello el trabajo se centrará particularmente en la jurisprudencia de las cortes internacionales de derechos humanos. En segundo lugar, se emprende un breve análisis de la independencia y la imparcialidad de los jueces, como un derecho de todos los ciudadanos que los jueces, mediante su conducta, deben intentar no vulnerar. Estas dos cuestiones, por cierto, están vinculadas en la medida que la más importante restricción que afecta la libre expresión de los jueces proviene justamente del deber de mantener una conducta compatible con su independencia e imparcialidad.

II. EL CASO DE LA TESINA DEL JUEZ DANIEL URRUTIA

1. Hechos relevantes

El día 6 de septiembre de 2013 el presidente de la Corte Suprema pronunciaba un discurso que daba por cerrado uno de los capítulos más tristes de nuestro poder judicial:

“Próximo a un aniversario más del 11 de septiembre de 1973, se advierte una serie de pronunciamientos dirigidos a representar, entre otros actores, la actuación que correspondió al Poder Judicial y, en especial, a la Corte Suprema de la época y que habría permitido un sistema represivo que afectó gravemente las garantías fundamentales de la ciudadanía y que derivó en muertes, desapariciones forzosas y torturas, entre otros ilícitos, las que se han denunciado y afirmado con seriedad por organismos creados para la investigación de esta etapa de la historia patria, muchos de los cuales se han comprobado fehacientemente por los tribunales de justicia, como es de público conocimiento, por lo que el Tribunal Pleno se hace el deber de formular la siguiente declaración pública:

1.- Que el quiebre de la institucionalidad democrática a partir de septiembre de 1973 permitió la instauración de un régimen cívico militar que, sobre la base de restaurar esa misma democracia, pero contradiciendo tal supuesto objetivo, violentó las garantías fundamentales de los ciudadanos de nuestro país, lo que derivó incuestionablemente en la muerte de muchos de ellos, su desaparición forzosa, detenciones irregulares y torturas, entre otros atropellos, que hoy día casi nadie en nuestra sociedad niega y de que dan fe los testimonios de comisiones creadas al efecto una vez restaurada la democracia. Muchos de tales hechos fueron legalmente establecidos en los procedimientos y juzgamientos respectivos.

2.- Que, frente a esta realidad, no cabe sino *reconocer que si esos atropellos efectivamente ocurrieron, como lo fueron, en parte se debió a la omisión de la actividad de jueces de la época que no hicieron lo suficiente para determinar la efectividad de dichas acciones delictuosas*, las que por cierto ofenden a cualquier sociedad civilizada pero principalmente de la Corte Suprema de entonces que no ejerció ningún liderazgo para representar este tipo de actividades ilícitas, desde que ella no podía ignorar su efectiva ocurrencia, toda vez que les fueron denunciadas a través de numerosos requerimientos jurisdiccionales que se promovían dentro de la esfera de su competencia, negando de esta manera la efectiva tutela judicial de que gozaban los afectados.

3.- Que en tales condiciones, este máximo tribunal, reflexionando sobre los hechos de la época, como también del rol que correspondió al Poder Judicial en los desgraciados sucesos, llega a la conclusión de que no cabe otra actitud que no sea explicitar el reconocimiento de las graves acciones y omisiones que en ese entonces se incurrió, arrastrando con ello a parte de la judicatura del país, que claramente, a la hora presente y con la mesura y altura de miras de hoy, *corresponde decir que constituyó una dejación de funciones jurisdiccionales, por lo que es tiempo de dejarlo en claro a todos los miembros actuales y futuros de la institución y a las generaciones ciudadanas que vengan, para que ese comportamiento no se repita*, por contradecir un Estado de Derecho propio de una República democrática.

4°.- Consecuente con lo anterior, esta Corte Suprema ha comprometido sus mejores esfuerzos en el esclarecimiento de esta clase de delitos, e insta a todos los jueces de la República y funcionarios del Poder Judicial a persistir en tal tarea, como también al reconocimiento y promoción de los Derechos Humanos, tal cual lo prescribe la Constitución Política de la República” (énfasis añadido).

Esta declaración marcó un antes y un después en relación a la responsabilidad que la Corte Suprema mostrara en relación a un asunto tan marca-

damente polémico como fue el rol del Poder Judicial durante la dictadura. Nueve años antes, durante el año 2004 –y con esto no quiero entregar ningún tipo de reconocimiento a la autoría intelectual de una idea que fue por muchos conocida y por varios trabajada y publicada⁵–, el juez Daniel Urrutia, entonces juez de garantía de Coquimbo, había escrito una tesis en el contexto de un programa de formación académica en Derechos Humanos y Procesos de Democratización titulado *Propuesta de Política Pública de Introducción del Enfoque de Derechos Humanos en el Trabajo del Poder Judicial de la República de Chile*, en el que sostenía la necesidad de la adopción de un enfoque de derechos humanos en el Poder Judicial, al tiempo que sostenía una crítica a la actuación del Poder Judicial durante la dictadura y recomendaba, entre las medidas realizables sin necesidad de reformas legales, que se reconocieran las conclusiones del informe de la *Comisión Nacional contra la Tortura*, se realizara una petición de perdón público a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos y se refrendara un compromiso claro con la garantía de no repetición, entre otras.

Este trabajo fue enviado a la Corte Suprema con la finalidad de dar cuenta del trabajo que había realizado durante el permiso concedido por esa misma Corte para cursar el programa académico antes mencionado. Sin embargo, resulta evidente que la intención de Urrutia no solo era cumplir con la formalidad, sino también que el contenido del trabajo fuera leído por los miembros de la Corte. La respuesta de la Corte fue, por un lado, devolver el trabajo a Urrutia señalándole que contenía “apreciaciones inadecuadas” y, por otro lado, la de oficiar a la Corte de Apelaciones de La Serena, superior jerárquica directa de Urrutia, con una nota que indicaba

⁵ Por ejemplo, HILBINK (2014): *Jueces y política en democracia y dictadura* (Buenos Aires, Flacso), pp. 270-1: “Durante los diecisiete años de dictadura (e incluso después), los tribunales chilenos no solamente fracasaron en la defensa de los derechos humanos de los ciudadanos, sino que también legitimaron, pasiva y activamente, las normas y prácticas del régimen militar. Como demuestra el Reporte de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación de Chile, y tal como se documenta ampliamente en este libro, los jueces actuaron débilmente, en particular en áreas donde la ley les daba un margen significativo de actuación en protección de personas perseguidas por el régimen. Por el contrario, en aquellos casos que involucraban a funcionarios estatales, los jueces encontraron infinidad de razones para desechar los cargos o de alguna otra forma exonerar de culpa a los acusados [...]. Por lo tanto, lejos de demostrar o demandar respeto por los principios constitucionales y las prácticas democráticas –o, simplemente humanas–, la institución judicial, liderada por la Corte Suprema, aceptó, avaló y ayudó a perpetuar el brutal y arbitrario reinado de una minoría privilegiada”.

escuetamente “para su conocimiento y fines pertinentes”. Tras solicitar la aclaración de los motivos que Urrutia tuvo para enviar el trabajo mencionado a la Corte Suprema, a lo que el juez sostuvo que tenía por efecto acreditar la realización del curso, y que, en todo caso, el trabajo tenía fines exclusivamente académicos, la Corte de Apelaciones fue la que en primera instancia aplicó una sanción, en este caso de censura por escrito. Esta se fundó en el incumplimiento de las prohibiciones de los supuestos 1º y 4º del artículo 323 del Código Orgánico de Tribunales que establecen:

Se prohíbe a los funcionarios judiciales:

1º) Dirigir al Poder Ejecutivo, a funcionarios públicos o a corporaciones oficiales, felicitaciones o censuras por sus actos; [...]

4º) Publicar, sin autorización del Presidente de la Corte Suprema, escritos en defensa de su conducta oficial o atacar en cualquier forma, la de otros jueces o magistrados.

Además de constatar la infracción a dichas prohibiciones legales, lo más relevante es que la Corte de La Serena aplicó la sanción sobre la base que el juez había

aprovechado tal vehículo [el trabajo académico] para formular ciertos acápites referidos a la actuación del Poder Judicial, juicios valóricos reprochando o censurando en forma concreta determinadas conductas, acciones o eventuales omisiones de sus superiores [...] importa, indudablemente, la manifestación de expresión desmedida e impropia de un juez de la República para referirse a actuaciones de sus superiores jerárquicos, violándose *el principio de respeto jerárquico* que informa toda nuestra normativa [...].

Al conocer el recurso de apelación a dicha resolución por parte del sancionado, la Corte Suprema recalificó la infracción, eliminando la referencia al supuesto 1º, confirmando la infracción al supuesto 4º, y rebajando la sanción a una amonestación privada. La Corte Suprema estimó que mediante su trabajo académico el juez Urrutia había infringido la prohibición de atacar la conducta oficial de otros jueces. La Corte en esa ocasión señaló:

[...] que lo relevante en este caso no es carácter académico que pueda atribuirse al trabajo realizado [...], lo que se reprocha es la *falta de tino, prudencia y moderación y elemental respeto y consideración* que revelan, tanto la pretensión de impartir instrucciones a la máxima autoridad del gobierno del Poder Judicial [...], como la circunstancia de que en ese trabajo se contenga una crítica velada a la Corte Suprema. [...] tal funcionario judicial se permite afirmar que esta

Corte Suprema tendría “el deber moral” de asumir una actitud determinada, precisando inclusive las medidas concretar que debiera llevar a cabo, todo ello, con miras a lograr, según su parecer, el “efectivo reposicionamiento moral y ético” de este Poder del Estado, como garante de los derechos ciudadanos (énfasis agregado).

A primera vista, resulta paradójico que la Corte sancione de forma tan categórica a un subordinado cuando este le hace ver la necesidad de reaccionar ante las demandas que la historia reciente de nuestro país requerían del Poder Judicial, y que años más tarde decidiera llevar a cabo una acción que se dirigía exactamente al objetivo aconsejado por el sancionado. Uno puede leer ahí cierta prepotencia de la Corte de no querer que le digan que hacer, especialmente viniendo de un funcionario subalterno en el contexto de una institución altamente jerárquica. Con ojos más benévolos, puede considerarse que ha existido un recambio generacional que ha llevado a mirar los hechos del pasado con ojos más críticos y motivado a mostrar un accionar más responsable respecto al rol que el Poder Judicial juega en una democracia. La pregunta que subsiste es si el compromiso con los derechos humanos de la Corte Suprema se extiende también al respeto de los derechos de los miembros del propio Poder Judicial, en este caso la libertad de expresión.

2. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Urrutia reclamó de esta medida ante el sistema interamericano. En julio de 2014, la CIDH declaró la admisibilidad de la petición de Urrutia, señalando que se habían cumplido con el agotamiento de los recursos internos (apelación de la sanción disciplinaria ante la Corte Suprema) el plazo para presentar la petición, la no duplicación de procedimientos y cosa juzgada internacional y la caracterización de los hechos alegados⁶. Fue solo en mayo del 2018, sin embargo, que la CIDH finalmente resolvió el fondo del asunto⁷. En su informe, afirmó que el Estado de Chile, mediante las actuaciones arriba caracterizadas había violado varios derechos procesales mediante la forma en que se había dictado la medida disciplinaria contra Urrutia: el

⁶ CIDH (2014).

⁷ CIDH (2018).

derecho a conocer previa y detalladamente la acusación formulada y de tener el tiempo y los medios adecuados para la defensa (art. 8.2 b) y c) de la CADH), el derecho a contar con una autoridad disciplinaria imparcial y el derecho a la protección judicial (arts. 8.1 y 25.1 de la CADH) y el principio de legalidad (art. 9 de la CADH). Sin embargo, también afirmó que se había violado su derecho a la libertad de pensamiento y expresión (art. 13.2 de la CADH). En relación a esta última violación, la CIDH afirmó:

93. [...] la CIDH observa que la presunta víctima fue sujeta a responsabilidades ulteriores por el ejercicio de su libertad de expresión, por lo que procederá a determinar si las restricciones cumplieron con los requisitos estipulados en el artículo 13.2 de la Convención Americana.

94. [...] la causal disciplinaria aplicada a la presunta víctima no cumplió con el principio de legalidad [...].

95. En relación con el fin legítimo de la restricción, la CIDH destaca que según se desprende del razonamiento de la Corte [...], la restricción tenía por objeto garantizar el respeto a los superiores jerárquicos [...] que no puede entenderse como uno de los fines que el propio artículo 13.2 de la Convención Americana consagrada [sic] como legítimos para justificar la imposición de responsabilidades ulteriores, esto es: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

96. Por otra parte, la CIDH observa que tampoco existe una relación de medio a fin entre la restricción aplicada a la producción de un *trabajo académico* y la finalidad perseguida, de manera que el requisito de necesidad en una sociedad democrática, tampoco se encuentra cumplido. La Comisión resalta que el trabajo académico *no se hizo público* y contenía [...] opiniones y expresiones [...] de *interés público* y, por lo tanto, deben protegerse con mayor rigor en la medida en que contribuyen al debate sobre la forma en la que el Poder Judicial puede responder a denunciar de graves violaciones de derechos humanos.

97. En virtud de lo anterior, la CIDH estima que el Estado chileno impuso una restricción arbitraria al ejercicio de la libertad de expresión [...] (énfasis agregado).

3. La resolución de la Corte Suprema

Ante la comunicación de la resolución de la CIDH al gobierno de Chile, este ofició a la Corte Suprema para que esta evaluara disponer las medidas conducentes para cumplir con lo recomendado por la CIDH, en

lo que es materia de la competencia de la Corte, esto es, la recomendación de dejar sin efecto la sanción y la reparación de sus consecuencias mediante medidas compensatorias. La recomendación consistente en la adecuación de la normativa interna para eliminar la causal aplicada no fue reconducida a la Corte Suprema.

La Corte Suprema, en acuerdo del pleno, con fecha 29 de mayo de 2018, sostuvo:

2º) Que en el contexto de estas recomendaciones dirigidas al Estado de Chile por la [CIDH] parece propicio un reexamen de los antecedentes que le sirven de fundamento, de modo que el Tribunal Pleno verifique si cabe adoptar alguna decisión sobre el particular, teniendo en cuenta, además, la renovación del enfoque en materia disciplinaria que ha operado durante los últimos años, ejemplo de lo cual es el nuevo Auto Acordado sobre procedimiento disciplinario dictado en enero del presente año y que entrará en vigencia el 1 de julio próximo [...]⁸.

Mediante esta afirmación, la Corte sugiere que las violaciones a las garantías judiciales, el principio de legalidad y el derecho a la protección judicial que la CIDH identifica en su informe, tendrían relación con un régimen disciplinario, que si bien fue utilizado en 2005, ya ha quedado en desuso por el nuevo enfoque y la nueva regulación. Ello permite a la Corte concentrarse de lleno en el problema de la libertad de expresión:

4º) Que [...] se advierte que el tema de fondo de este caso dice relación con la libertad de pensamiento y de expresión del denunciante, cuya restricción, conforme a la [CADH], es admisible frente a la protección de derechos de terceras personas, la protección de la seguridad nacional, el orden público y la salud o moral públicas, limitantes que desde ya es posible adelantar, no se presentan en la especie. [...] [l]a tesis de las reflexiones y afirmaciones allí contenidas *se enmarcaron en un ámbito estrictamente académico*, sin relación evidente con las incorrecciones previstas en [...] [el] Código Orgánico de Tribunales [...] antes que infracciones a las normas citadas, la Corte Suprema del 2005 estuvo ante una manifestación de la libertad de expresión del juez señor Urrutia, en cuanto estudiante de un diplomado de

⁸ La Corte se refiere al Auto Acordado sobre procedimiento para investigar la Responsabilidad Disciplinaria de los Integrantes del Poder Judicial. Disponible en <<http://www.pjud.cl/documents/396729/0/AUTO+ACORDADO+DISCIPLINA+.pdf/083ae506-1192-4b5b-807a-31a7e94b6420>>.

derechos humanos, plasmada en un *trabajo académico relativo a un asunto de interés público, referido a la actuación de un Poder del Estado en un período de la historia nacional*.

5º) Que lo anotado en los párrafos previos lleva a concluir que dicha medida disciplinaria no guarda debida coherencia con la conducta que tuvo por fundamento, pues más que servir de correctivo ante la contravención de algún deber funcionario o perteneciente a la ética judicial, tuvo el efecto de debilitar sus derechos a la libertad de pensamiento y de expresión reconocidos por Chile a nivel constitucional, en los artículos 1º y 19 N° 6 de la Carta Fundamental, así como a nivel internacional en la Convención Americana de Derechos Humanos. [...] esta Corte Suprema observa la pertinencia de reconsiderar la medida disciplinaria aplicada en 2005 [...] por estimarse que ella no constituyó una respuesta institucional acorde a la bases de un Estado democrático de derecho, razón que llevará a dejarla sin efecto (énfasis agregado).

Más allá del hecho de mostrar una coincidencia de criterios con el informe y conceder la solicitud concreta que la CIDH en lo que respecta a dejar sin efecto la sanción aplicada, es interesante ver cómo el razonamiento de la Corte recoge algunos criterios expresados en el informe de la CIDH, como son: 1) el ámbito académico en que las expresiones son emitidas; 2) el interés público de las ideas expresadas; 3) el carácter polémico de la actuación del Poder Judicial durante el régimen jurídica y políticamente excepcional de la dictadura militar de Pinochet en que se cometieron violaciones a los derechos humanos. Como se verá, esos criterios están recogidos en la jurisprudencia de más larga data de los sistemas regionales de protección de derechos humanos.

III. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS JUECES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los antecedentes arriba descritos sirven para ilustrar la influencia que el Derecho de los Derechos Humanos puede tener en la configuración de un régimen interno más respetuoso con los derechos humanos. Sin embargo, es solo un fragmento de un desarrollo más robusto que ha tenido el derecho a la libertad de expresión de los jueces en el derecho internacional regional. En esta sección se busca contextualizar la resolución de la CIDH mediante la revisión de algunas sentencias de la Corte IDH y el TEDH que

muestran razonamientos y criterios sustantivos en relación a la importancia de extender y, en ciertas circunstancias calificadas, restringir el derecho a la libertad de expresión a los jueces.

1. *El derecho a libre expresión de los jueces*

La libertad de expresión de los jueces y su libertad para formar sus convicciones puede ser vista como una cuestión con particularidades relevantes respecto a la libertad de expresión de otras personas. Esto se debe a que los jueces son funcionarios estatales que encarnan muchas veces las ideas de la justicia y el Estado de derecho, y sus opiniones usualmente son consideradas con un peso y un significado especial. Eventualmente, el uso de la libertad de expresión podría dañar esa imagen, en la medida que la actuación pública de un juez, allí donde esta expresa explícitamente su personal forma de pensar acerca de la política, la religión y otros asuntos, puede percibirse encarnando la voz de la judicatura toda. No obstante, esa particularidad y ese riesgo, existe una opinión consolidada en el mundo occidental acerca del derecho que los jueces tienen de escribir, hablar y expresar de otras formas sus opiniones. Descartada ha quedado la idea de que los jueces, en cuanto funcionarios, están en un régimen de sujeción especial respecto del Estado que hace que el ejercicio de sus derechos se vea suspendido.

Esta opinión ha sido capturada en numerosos instrumentos internacionales⁹. Asimismo, la libertad de expresión de los jueces ha sido objeto de análisis tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) como por el Tribunal Europeo de Derechos Huma-

⁹ Por ejemplo, los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura* de las Naciones Unidas señalan: “[...] los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura” (disponible en <<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/independencejudiciary.aspx>>). Los *Principios de Bangalore sobre conducta judicial*, también de las Naciones Unidas, establecen: “[u]n juez, como cualquier otro ciudadano, tiene derecho a la libertad de expresión y de creencias, derecho de asociación y de reunión pero, cuando ejerza los citados derechos y libertades, se comportará siempre de forma que preserve la dignidad de las funciones jurisdiccionales y la imparcialidad e independencia de la judicatura” (disponible en <https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/commentary_on_the_bangalore_principles_of_judicial_conduct/bangalore_principles_english.pdf>), p. 170.

nos (en adelante TEDH). Ambas cortes, con delicadeza, han manifestado que no obstante las restricciones a la libertad de expresión que los jueces puedan tener que soportar en razón de la posición institucional en la que se encuentran, estos son, sin ninguna duda, titulares del derecho a la libertad de expresión y que, por tanto, dichas restricciones no pueden naturalizarse sino que tienen que estar justificadas conforme a los estándares generales de restricción de los derechos fundamentales establecidos en los instrumentos internacionales que, debe recordarse, son especialmente demandantes en lo relativo a la libertad de expresión. Ello ha sido constatado conforme a que las disposiciones correspondientes no singularizan a los jueces u otros funcionarios judiciales para ser objetos de un trato especial, por lo que, de igual manera que toda otra persona, estos deben ser considerados como titulares del derecho a la libre expresión¹⁰. El texto tanto de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) como el de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) adoptan una aproximación a la restricción de la expresión que se dirige a los motivos legítimos de las restricciones y se desentiende, al menos explícitamente, del tipo o rol que cumplen las personas involucradas¹¹.

¹⁰ La Corte IDH en *López Lone y otros vs. Honduras*, c. 169. El TEDH en *Wille vs. Liechtenstein* [GS], párr. 64; *Kudeshkina vs. Rusia*, párr. 86.

¹¹ Así, el artículo 13 de la CADH regula la libertad de pensamiento y de expresión, señalando: “1. *Toda persona* tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. [...]”. Por otro lado, el artículo 10 de la CEDH, que garantiza la libertad de expresión, establece que: “1. *Toda persona* tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas [...]. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o *para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial*” (énfasis añadido).

En virtud de esta titularidad, puede sostenerse que los jueces son en principio libres para emitir opiniones e informar, sin censura previa por parte de ninguno de los poderes del Estado, acerca de los asuntos que libremente determinen. Ello implica, sin duda, en el supuesto de que los jueces son independientes de otros jueces y en particular de los tribunales superiores, que la organización jerárquica del Poder Judicial no puede afectar en ningún caso el derecho del juez a expresarse con libertad¹². En este supuesto, tanto la libertad de expresión como la independencia e imparcialidad judicial hablan, en principio, en contra del uso de la facultad disciplinaria de la judicatura para limitar la libertad de expresión o información de uno de sus miembros.

Que los jueces sean titulares del derecho a la libertad de expresión no puede concluir ningún análisis acerca de esta cuestión, pues existen razones poderosas, como las ya mencionadas, que hablan en pos de justificar una restricción de tal derecho en ciertas circunstancias y bajo ciertos requisitos. En la búsqueda de dichos estándares acerca de la legítima restricción de la libertad de expresión de los jueces es que vale la pena mirar la jurisprudencia de las cortes antes mencionadas.

2. *La legítima restricción de la libre expresión de los jueces*

En el único asunto que ha abordado directamente este problema, la Corte IDH, en el caso *López Lone y otros vs. Honduras* (2015), se pronunció por primera vez sobre la libertad de expresión de los jueces. El caso se refería a la remoción de cuatro jueces, que formaban parte de una organización llamada Asociación de Jueces por la Democracia, que consideraba la remoción del presidente Zelaya del poder en el año 2009 como un golpe de Estado, mientras que el Tribunal Supremo, en varios comunicados lo había descrito como una sucesión legítima de gobierno. Los cuatro jueces fueron removidos de sus cargos luego de un procedimiento disciplinario que se inició contra ellos por participar en manifestaciones políticas, por expresar opiniones o declaraciones en contra del poder judicial o por haber iniciado acciones judiciales en contra de la sucesión constitucional. En los considerandos más importantes relativos a la libre expresión de los jueces, la Corte IDH señaló:

¹² CARRILLO (2017), p. 15.

171. El objetivo general de garantizar la independencia e imparcialidad es, en principio, un fin legítimo para restringir ciertos derechos de los jueces. [...] En este sentido, el Estado tiene la obligación de regular que sus jueces y tribunales cumplan con dichos preceptos. Por tanto, resulta acorde con la Convención Americana la restricción de ciertas conductas a los jueces, con la finalidad de proteger la independencia y la imparcialidad en el ejercicio de la justicia, como un “derecho o libertad de los demás”.

172. Al respecto, existe un consenso regional en cuanto a la necesidad de restringir la participación de los jueces en las actividades político-partidistas, siendo que en algunos Estados, de forma más general, se prohíbe cualquier participación en política, salvo la emisión del voto en las elecciones. Sin embargo, la facultad de los Estados de regular o restringir estos derechos no es discrecional y cualquier limitación a los derechos consagrados en la Convención debe interpretarse de manera restrictiva. La restricción de participación en actividades de tipo partidista a los jueces no debe ser interpretada de manera amplia, de forma tal que impida que los jueces participen en cualquier discusión de índole política.

173. En este sentido, pueden existir situaciones donde un juez, como ciudadano parte de la sociedad, considere que tiene un deber moral de expresarse. Al respecto, el perito Leandro Despouy señaló que puede constituir un deber para los jueces pronunciarse “en un contexto en donde se esté afectando la democracia, por ser los funcionarios públicos[,] específicamente los operadores judiciales, guardianes de los derechos fundamentales frente a abusos de poder de otros funcionarios públicos u otros grupos de poder”. Asimismo, el perito Martín Federico Böhmer señaló que en un golpe de Estado los jueces “tienen la obligación de sostener y asegurarse de que la población sepa que ellos y ellas sostienen el sistema constitucional”. Resaltó además que “[s]i hay alguna expresión política no partidista, es la que realizan ciudadanos de una democracia constitucional cuando afirman con convicción su lealtad a ella”. En el mismo sentido, el perito Perfecto Andrés Ibáñez señaló que incluso para los jueces “es un deber jurídico[,] un deber ciudadano oponerse a [los golpes de Estado]”.

174. Es posible concluir entonces que, en momentos de graves crisis democráticas, como la ocurrida en el presente caso, no son aplicables a las actuaciones de los jueces y de las juezas en defensa del orden democrático las normas que ordinariamente restringen su derecho a la participación en política. En este sentido, sería contrario a la propia independencia de los poderes estatales, así como a las obligaciones internacionales del Estado derivadas de su participación en la OEA, que los jueces y juezas no puedan pronunciarse en contra de un golpe de Estado. Por tanto, dadas las particulares circunstancias del presente

caso, las conductas de las presuntas víctimas por las cuales les fueron iniciados procesos disciplinarios no pueden considerarse contrarias a sus obligaciones como jueces o juezas y, en esa medida, infracciones del régimen disciplinario que ordinariamente les era aplicable. Por el contrario, deben entenderse como un ejercicio legítimo de sus derechos como ciudadanos a participar en política, la libertad de expresión y el derecho de reunión y de manifestación, según sea el caso de la específica actuación desplegada por cada una de estas presuntas víctimas.

176. Por otra parte, esta Corte ha señalado que los procesos penales pueden generar “un efecto intimidador o inhibitorio en el ejercicio de su libertad de expresión, contrario a la obligación estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de este derecho en una sociedad democrática”. La aplicación de dicha consideración depende de los hechos particulares de cada caso. En el presente caso, a pesar de no tratarse de procesos penales, la Corte considera que el mero hecho de iniciar un proceso disciplinario en contra de los jueces y la magistrada por sus actuaciones en contra del golpe de Estado y a favor del Estado de Derecho, podría tener el efecto intimidante antes señalado y por lo tanto constituir una restricción indebida a sus derechos.

Las particularidades del caso hacen que sea difícil sacar conclusiones de carácter general que puedan servir para enjuiciar un caso de lo que podría denominarse “política normal”. Sin embargo, existen algunas conexiones que pueden ser destacadas y razonamientos que podrían ser aplicables al caso de la sanción del juez Urrutia: 1) la expresión es realizada en referencia a circunstancias de excepción; 2) es realizada en defensa de la democracia, los derechos humanos y el Estado de derecho que conforme a la visión de los jueces involucrados se veían amenazados, y 3) se deja constancia del efecto disuasorio de las medidas disciplinarias aplicadas, lo que no solo tendría un efecto singular en el caso de los sancionados, sino tendría un efecto sistémico al silenciar las distintas posturas en torno a un asunto políticamente discutido dentro del Poder Judicial.

La jurisprudencia sobre la libertad de expresión de los jueces del TEDH es mucho más profusa, sin embargo, hay una sentencia que muestra una especial similitud que vale tener en consideración con el caso que se analiza. En el asunto *Wille vs. Lichtenstein* (1999), el TEDH consideró el siguiente caso: el Príncipe de Lichtenstein, que funge como jefe de Estado de tal país, tomó la decisión de no renovar el mandato del presidente de la Corte Administrativa después que este había defendido, en el contexto de una presentación académica, un punto de vista sobre una cuestión de derecho

público que el Príncipe no compartía; a saber, una posición acerca de la jurisdicción de los tribunales que negaba la inmunidad de jurisdicción del jefe de Estado. El TEDH se enfocó en su razonamiento en la importancia del cargo de la persona afectada, el contenido de la declaración realizada, el contexto en que se realizó la declaración y cuál fue el impacto que suscitó.

En relación a la carga, el TEDH señaló:

64. [...] Dado que el demandante era un juez de alto rango en ese momento, el Tribunal debe tener en cuenta que, cuando se trata del derecho a la libertad de expresión de las personas en tal cargo, los “deberes y responsabilidades” a los que se refiere el artículo 10.2 asumen un significado especial, ya que se puede esperar que los funcionarios públicos que prestan servicios en el poder judicial demuestren moderación en el ejercicio de su libertad de expresión en todos los casos en los que la autoridad y la imparcialidad del poder judicial puedan ser cuestionadas. No obstante, el Tribunal considera que una injerencia en la libertad de expresión de un juez en una posición como la del solicitante pide un examen detallado por parte del Tribunal.

En relación al contenido de las declaraciones y al contexto en que se emitieron:

65. En cuanto a la conferencia [...] el Tribunal observa que esta conferencia formó parte de una serie de conferencias académicas en un instituto de investigación de Liechtenstein sobre cuestiones de jurisdicción constitucional y derechos fundamentales [...]. El discurso del demandante incluía una declaración sobre las competencias del Tribunal Constitucional en virtud del artículo 112 de la Constitución de Liechtenstein. La opinión del solicitante era que el término ‘Gobierno’ utilizado en esta disposición incluía al Príncipe, una opinión supuestamente en conflicto con el principio de la inmunidad del Príncipe de la jurisdicción del poder judicial de Liechtenstein [...].

66. En opinión del demandante, esta declaración era un comentario académico sobre la interpretación del artículo 112 de la Constitución. El Gobierno, por otro lado, sostuvo que aunque se estaba haciendo bajo el pretexto de una declaración legalmente aséptica, constituía, en esencia, una declaración altamente política que involucraba un ataque al orden constitucional existente y no era compatible con la oficina pública que el solicitante desempeñaba en ese momento.

67. El Tribunal acepta que la presentación de la demandante, ya que trataba asuntos de derecho constitucional y más específicamente el tema de si uno de los soberanos del Estado estaba sujeto a la jurisdicción de un tribunal

constitucional, tenía inevitablemente implicaciones políticas. Considera que las cuestiones de derecho constitucional, por su propia naturaleza, tienen implicaciones políticas. Sin embargo, no puede encontrar que este elemento por sí solo haya impedido que el solicitante haga una declaración sobre este asunto. El Tribunal observa además que en el contexto de presentar un proyecto de ley que modifica la Ley del Tribunal Constitucional en 1991, el gobierno de Liechtenstein había sostenido, en sus comentarios adjuntos, una opinión similar, a la que el Príncipe se había opuesto pero que había encontrado acuerdo en la Dieta de Liechtenstein, aunque solo por mayoría [...]. La opinión expresada por el solicitante no puede considerarse una proposición insostenible, ya que fue compartida por un número considerable de personas en Liechtenstein. Además, no hay evidencia para concluir que la conferencia del solicitante contenía comentarios sobre casos pendientes, críticas severas a personas o instituciones públicas o insultos a altos funcionarios o al Príncipe.

Finalmente, la reacción del Príncipe es también objeto de análisis por el TEDH:

68. En cuanto a la reacción del Príncipe, el Tribunal observa que anunció su intención de no nombrar nuevamente al solicitante para un cargo público, en caso de que la Dieta o cualquier otro organismo propusiera al solicitante. El Príncipe consideró que la declaración mencionada del solicitante infringía claramente la Constitución de Liechtenstein. [...] En opinión del Príncipe, la actitud del solicitante hacia la Constitución lo hacía inhabilitado para un cargo público [...].

Finalmente, el TEDH concluye mediante un razonamiento que descansa en la cláusula de necesidad de la intervención en el contexto de una sociedad democrática contenida en la segunda parte del artículo 10 de la CEDH:

69. [...] No se hizo referencia a ningún incidente que sugiriera que la opinión del solicitante, tal como se expresó en la conferencia en cuestión, afectara su desempeño como Presidente del Tribunal Administrativo o cualquier otro procedimiento pendiente o inminente. Asimismo, el Gobierno no hizo referencia a ningún caso en el que el solicitante, en el desempeño de sus funciones judiciales o de otro tipo, haya actuado de manera objetable.

70. Sobre los hechos del presente caso, el Tribunal considera que, si bien son pertinentes, las razones invocadas por el Gobierno para justificar la injerencia en el derecho a la libertad de expresión de la demandante no son suficientes para demostrar que la injerencia denunciada fue “necesaria en una sociedad democrática”. Aun teniendo en cuenta un cierto margen de apreciación, la

acción del Príncipe parece desproporcionada con el objetivo perseguido. En consecuencia, la Corte sostiene que ha habido una violación del artículo 10 de la Convención.

Nuevamente existen algunas conexiones que pueden ser destacadas y razonamientos que podrían ser aplicables al caso de la sanción del juez Urrutia: 1) la expresión se realiza en un contexto académico; 2) constituye un asunto de interés público respecto del cual es importante que se debata en el contexto de una democracia; 3) la expresión del juez constituía una opinión ampliamente defendida en otros círculos oficiales y en la opinión pública, y 4) la opinión del juez se realizó con respeto y sin insultos de ninguna clase.

No obstante su importancia, *Wille vs. Liechtenstein* (1999) no es el único caso en que el TEDH ha considerado los supuestos en que ciertas actuaciones de los Estados parte restringen, y en qué medida estas restricciones son legítimas bajo la CEDH, el derecho a la libre expresión de los jueces. En estos casos, el TEDH ha prestado atención y ha considerado en su decisión varios elementos¹³. Entre ellos, las consecuencias que tiene el ejercicio de la libertad de expresión para el poder judicial como poder del Estado¹⁴, las consecuencias de la interferencia de la libertad de expresión para los intereses individuales del juez¹⁵, las consecuencias de la interferencia para la sociedad¹⁶, el hecho de que la expresión sea realizada en el contexto de un debate público¹⁷, el motivo que tenga el juez para realizar la emisión¹⁸, y la adecuación de la expresión del juez¹⁹. En todos estos casos la interferencia en la libre expresión del juez ha sido defendida sobre la base del legítimo interés del Estado en mantener la autoridad del Poder Judicial y su imparcialidad, muchas veces combinado con el objetivo de proteger derechos de terceras

¹³ Para una síntesis, véase DIJKSTRA (2017): “The Freedom of the Judge to Express his Personal Opinions and Convictions under the ECHR, en *Utrecht Law Review*, vol. 13, y CLIMENT (2018): “La jurisprudencia del TEDH sobre la libertad de expresión de los jueces”, en *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, vol. 25.

¹⁴ *Albayrak vs. Turquía* (1997).

¹⁵ *Kudeshkina vs. Rusia* (2009); *Di Giovanni vs. Italia* (2013).

¹⁶ *Kayasu vs. Turquía* (2008).

¹⁷ *Kudeshkina vs. Rusia* (2009); *Kayasu vs. Turquía* (2008); *Baka vs. Hungría* (2014).

¹⁸ *Kudeshkina vs. Rusia* (2009); *Kayasu vs. Turquía* (2008).

¹⁹ *Kayasu vs. Turquía* (2008).

partes. Un análisis completo de estas sentencias muestran que la especial posición en que el juez se encuentra da espacio para un amplio margen de intervención por parte del Estado en el derecho a libre expresión del juez, especialmente teniendo en consideración su posición como un funcionario del cual depende la percepción y el funcionamiento de una justicia independiente e imparcial. Sin embargo, no se evidencia en esta jurisprudencia ningún espacio para la defensa del principio de jerarquía o la defensa de la deferencia jerárquica como un valor a ser defendido como apareció en la resolución que sancionaba al juez chileno.

3. La independencia e imparcialidad judicial en tensión con la libertad de expresión

La independencia e imparcialidad es, sin lugar a dudas, el interés más importante que podría motivar limitaciones a la libre expresión de los jueces. Su consagración como un derecho humano lo configura como una razón especialmente apremiante para que su protección justifique restricciones a la expresión de los jueces. En este sentido, ambas convenciones regionales consagran el derecho a un juez independiente e imparcial²⁰. El conflicto entre libertad de expresión e independencia e imparcialidad judicial es susceptible de ser domesticado cuando miramos algunos criterios que aportan tanto las decisiones anteriormente citadas como otras consideradas por la doctrina.

Un adecuado punto de partida es considerar si las opiniones vertidas por el juez configuran una amenaza a su independencia e imparcialidad de forma *concreta* o *abstracta*. En el primer caso, la independencia e imparcialidad de un juez pueden ser puestas en entredicho cuando sus expresiones se dirigen a entregar opiniones personales sobre un caso que es de actual conocimiento. En este caso, el peso específico del interés por salvaguardar la independencia

²⁰ En su artículo 8, donde regula las garantías judiciales, la CADH señala: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, *por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial*, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (énfasis añadido). Por otro lado, la CEDH regula la independencia e imparcialidad judicial en su artículo 6, que señala: “1. Toda 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 [...]” (énfasis añadido).

e imparcialidad del tribunal justifican medidas judiciales entregadas a las partes para inhabilitar al juez en la causa, pero también justifican que la superintendencia judicial pueda tomar medidas para disuadir un comportamiento que a todas luces es dañoso para la imagen de imparcialidad de la judicatura como institución. El mismo razonamiento podría justificar medidas para evitar y sancionar la divulgación de información de carácter reservado que ha llegado a conocimiento del juez en su calidad del tal.

Una amenaza abstracta a la independencia e imparcialidad judicial, por otro lado, puede configurarse en los casos en que un juez expresa su opinión en asuntos políticos, religiosos o sociales, de forma tal que manifiesta cierta posición que podría ser tomada por una de las partes en un futuro litigio como un prejuicio o parcialidad que perjudica su posición con mira a obtener una solución favorable. Este es un caso mucho más complicado en la medida que los jueces no pueden dejar de estar involucrados en la vida social y, de esa manera, expresar su posición frente a los eventos políticos, económicos y sociales que ocurren en la sociedad donde viven. Una respuesta estándar a esta amenaza abstracta a la imparcialidad es normalmente formulada en términos de la obligación estricta que los jueces tienen de aplicar el derecho vigente, sin importar, a este respecto, su adhesión al derecho que están aplicando ni las simpatías que puedan despertar la posición de las partes en un conflicto que se presenta ante ellos²¹. En este sentido, un juez profesional, tiene el deber de desdoblarse y dejar de lado sus compromisos como individuo y ciudadano y mostrar su compromiso, en cuanto juez, con el ordenamiento jurídico. Esta respuesta, sin embargo, no ha resultado suficientemente satisfactoria para la forma en que la función judicial se ha configurado, y ella ha sido complementada con una serie de restricciones que se dirigen al actuar de los jueces en relación a la afectación abstracta de su independencia e imparcialidad, ya sea en su actuación oficial, ya sea en cuanto sujeto particular o ciudadano.

En relación a su actividad oficial, pueden ofrecerse las siguientes observaciones. En primer lugar, la expresión de opiniones no puede ser considerada como una infracción a la independencia e imparcialidad judicial cuando es justamente el ordenamiento jurídico el que ordena o faculta la actuación judicial. Eso resulta evidente en el caso de su función propiamente jurisdiccional y en particular a través de votos de minoría individualizados en que los

²¹ Véase CARRILLO (2016), p. 16.

jueces pueden discrepar de la mayoría en un tribunal colegiado, pese a que se podría considerar razonablemente que en este supuesto no es la libertad de expresión del juez en el ejercicio de su cargo lo que se está protegiendo, sino la misma independencia judicial. Este supuesto también cubre la participación los jueces por medio de, por ejemplo, la consulta de su opinión jurídica o gremial sobre un proyecto de ley que afecta la función judicial. Este es, por ejemplo, el caso de la consulta que sobre materias que versen sobre la Ley Orgánica Constitucional del Poder Judicial, la Constitución Política requiere al Congreso Nacional oficiar a la Corte Suprema para solicitar su opinión (art. 77 de la Constitución Política). No sería admisible, por tanto, que cuando la Corte Suprema se muestre en desacuerdo con el proyecto de ley discutido, que se tomen reprimendas de algún tipo, ya sean directas o indirectas, como ocurrió en el caso *Baka vs. Hungría* (2014) ante el TEDH, donde tras una crítica expresada por el presidente de la Corte Suprema del país a un paquete de reformas legislativas y constitucionales que afectaban al poder judicial, este fue cesado en su cargo con la entrada en vigencia de la nueva Constitución, lo que, en opinión del TEDH y en atención a los antecedentes, configuró una represalia por los dichos expresados.

En segundo lugar, cabe considerar si las emociones que un juez pueda mostrar en público durante el ejercicio de sus funciones, típicamente durante una audiencia de juicio, afectan su independencia e imparcialidad. Resulta evidente que el juez no puede “emitir juicios de valor o de oportunidad ni expresar pensamientos o ideologías acerca del contexto que rodea al caso sometido a su juicio”²². Pero esta exigencia demanda no solo la abstención de emitir ciertas opiniones sino, también, puede llegar a comprender las formas en que dicha opinión se manifiesta. En la sentencia *Kyprianou vs. Chipre* (2006), el TEDH consideró que el tono usado por los jueces al fallar un caso de desacato se había alejado del lenguaje *descomprometido* que debe utilizarse en una decisión judicial y, por el contrario, utilizaba un lenguaje que mostraba un involucramiento emocional de los jueces respecto del acusado, lenguaje que el TEDH consideró que permitía concluir una falta de imparcialidad de los jueces involucrados.

Por otro lado, pueden encontrarse otras tantas reflexiones que se dirigen a cautelar la independencia de los jueces actuando esta vez en su calidad de ciudadano. Debe mencionarse que la actuación del juez en esta faceta

²² CARRILLO (2016), p. 19.

está gobernada por lo que la doctrina y algunas veces los ordenamientos jurídicos comparados denominan como el *deber de sigilo*. Este deber consiste en que los jueces deben “abstenerse de formular en público declaraciones o comentarios que puedan minar la autoridad del tribunal o suscitar dudas razonables sobre su imparcialidad”²³. Es en relación con el deber de sigilo que debería gobernar la conducta de los jueces de forma general, que otros criterios pueden ser ofrecidos.

En primer lugar, es importante aclarar en qué medida la vinculación de los jueces con la prensa puede poner en peligro la independencia judicial. En varios casos vistos ante el TEDH se discutió esta cuestión, a propósito de afirmaciones realizadas por jueces a periódicos sobre casos en que se habían visto involucrados como sentenciadores²⁴. En todos los casos, el TEDH usó la misma fórmula, afirmando la vigencia del deber de sigilo y considerando el uso de la prensa como especialmente problemático para su cumplimiento:

El Tribunal destaca, sobre todo, que las autoridades judiciales están obligadas a ejercer la máxima discreción con respecto a los casos que tratan para preservar su imagen como jueces imparciales. Esa discreción debería disuadirlos de hacer uso de la prensa, incluso cuando se les provoca. Las mayores demandas de justicia y la elevada naturaleza del cargo judicial son las que imponen ese deber²⁵.

Uno de los principales inconvenientes de la participación de los jueces en entrevistas de periódicos, de radio o televisión, en tertulias o programas similares es que en ellos el juez debe adoptar una posición determinada sobre diversos temas, corriendo el riesgo de comprometer de manera abstracta su independencia e imparcialidad dado que es posible que “posteriormente,

²³ Resolución sobre *Ética Judicial*, TEDH, 2008. En Alemania, la Ley del Poder Judicial (*Bundesgesetzblatt*) prevé obligaciones especiales de los jueces y para la mantención de su independencia bajo su Sección 39: El mantenimiento de la independencia: dentro y fuera de la oficina, un juez debe conducirse de tal manera que la confianza en su independencia no se ponga en peligro. En la práctica, el aquí llamado principio de moderación (*Mäßigungsgebot*) no descarta las declaraciones políticas de los jueces. Sin embargo, el juez no debe mencionar su cargo cuando él o ella exprese opiniones públicas, excepto con respecto a una cuestión jurídica. Un juez además preservará el secreto sobre el curso de las deliberaciones llevadas a cabo dentro de un tribunal. En el caso de una violación culpable de un deber oficial, un juez puede ser sujeto a procedimientos disciplinarios.

²⁴ *Buscemi vs. Italia* (1999); *Lavents vs. Letonia* (2002); *Olujić vs. Croacia* (2009).

²⁵ *Buscemi vs. Italia* (1999), para. 67.

cuando deba tener que decidir sobre cuestiones similares, se le pueda imputar el haber adoptado una posición previa²⁶.

En segundo lugar, respecto de las actividades políticas en sentido estricto que los jueces realicen más allá de su cargo, es importante aclarar que si bien es común que ello ocurra en ciertos países como Alemania o Suecia, existe una larga tradición de prohibir la militancia y la participación político-partidista de los miembros del poder judicial. Así, por ejemplo, en Chile, el artículo 323 del Código Orgánico de Tribunales, antes citado, establece que

Se prohíbe a los funcionarios judiciales: [...]

2º) Tomar en las elecciones populares o en los actos que las precedan más parte que la de emitir su voto personal; esto, no obstante, deben ejercer las funciones y cumplir los deberes que por razón de sus cargos les imponen las leyes; 3º) Mezclarse en reuniones, manifestaciones u otros actos de carácter político o efectuar cualquiera actividad de la misma índole dentro del Poder Judicial; [...].

La prohibición de las acciones y expresiones en relación a la participación político-partidista quedarían cubiertas, es de presumir, con el margen de apreciación que los Estados parte cuentan en relación a la regulación de los derechos humanos en el nivel doméstico.

En tercer y último lugar, deben considerarse las expresiones de un juez vertidas en el ámbito académico o científico. Ya se ha mostrado cómo el TEDH solucionó el caso *Wille vs. Liechtenstein* (1999), pero vale la pena mirar la doctrina del Tribunal Constitucional Alemán sobre el particular, que ha sostenido que por regla general un trabajo académico no puede motivar la abstención o recusación de un juez²⁷.

En definitiva, la actividad de un juez está marcada por su deber de sigilo, que tiene como finalidad justamente poner la responsabilidad de la salvaguardia de su propia independencia e imparcialidad en manos del juez, esto es, de quien está en la mejor posición para evitar cualquier afectación a aquella. Este deber que se ve morigerado en el caso de que sus expresiones u opiniones se vean vertidas en el cumplimiento de una función oficial o un trabajo académico, sean de interés público, sean ampliamente compartidas por otras instancias oficiales o aparezcan como una defensa de los derechos humanos y la democracia. Por otro lado, el deber de sigilo se ve reforzado

²⁶ CARRILLO (2016), p. 26.

²⁷ Citado en CARRILLO (2016), p. 28.

cuando un juez realiza declaraciones a la prensa, y abiertamente violado cuando utiliza un lenguaje o modo inapropiado.

IV. OBSERVACIONES FINALES

Cabe, por último, realizar algunas reflexiones finales respecto al acuerdo del pleno de la Corte Suprema en relación al desarrollo de la libertad de expresión de los jueces que se ha llevado a cabo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En primer lugar, es importante valorar la forma en que la Corte no solo reaccionó positivamente ante las recomendaciones de la CIDH, sino que abiertamente adoptó algunos de sus criterios (contexto académico, interés público) para justificar la eliminación de la sanción de la hoja de vida del juez involucrado. Cabe pensar que la actitud de la Corte Suprema ante la importancia de la protección de los derechos humanos, en varios de los sentidos que esta palabra puede adquirir, ha cambiado de un tiempo a esta parte.

En segundo lugar, el efecto normativo que tanto el informe de la CIDH y el acuerdo de la Corte tienen, más allá del caso concreto del juez Urrutia, es esperanzador para la independencia judicial. La eliminación de la relación de respeto jerárquico, entre las razones conforme a las que legítimamente puede restringirse la libertad de expresión de los miembros del poder judicial, puede tener efectos para mejorar la independencia interna de los jueces y potencialmente contribuir a un clima más democrático dentro del Poder Judicial, lo que necesariamente redundará en una mejora de la función que este poder del Estado ejerce. Es de esperar que esta reacción de la Corte Suprema pueda constituir a clarificar el régimen de restricciones a la libertad de expresión que deben tener los jueces y la importancia que una adecuada garantía de este derecho, frente a razones justificadas para su restricción, como las más arriba anotadas, tiene para la necesaria independencia judicial.

En tercer lugar, es importante de notar que pese a que el gobierno no consideró que la Corte Suprema no tenía un rol en la recomendación de adecuar la normativa interna para garantizar que las causales disciplinarias sean aplicadas con respeto a la legalidad y la libertad de expresión. Aquí es importante recordar que la aplicación de estas sanciones siempre puede tener un efecto silenciador y que por ello es importante que no solo se entienda esta recomendación de adecuación normativa como una necesidad de cambio legislativo, sino también como un recordatorio de que sobre el Poder Judicial

también pesa la obligación de respetar los derechos humanos cuando hace uso de sus facultades aplicando el derecho ya legislado. Es ciertamente la utilización de las medidas legalmente consagradas en un caso concreto la que tendrá el efecto de violar el derecho a la libertad de expresión.

En tercer lugar, y por último, debe mirarse con recelo la negativa de la Corte a abordar de forma más contundente las críticas de la CIDH en relación al régimen disciplinario. El régimen disciplinario y su ejercicio por parte de la Corte Suprema ha sido una de las cuestiones más críticas del funcionamiento del Poder Judicial y, sin duda, una de las que ha generado una mayor tensión interna.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAGÓN, Manuel (1996): “Independencia judicial y libertad de expresión”, en *Derecho privado y Constitución*, vol. 10.
- CARRILLO, Marc (2015): “La libertad de expresión de los jueces”, en *El cronista del Estado social y democrático de derecho*, vol. 53.
- CLIMENT GALLART, J. A. (2018): “La jurisprudencia del TEDH sobre la libertad de expresión de los jueces”, en *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, vol. 25.
- DIJKSTRA, S. (2017): “The Freedom of the Judge to Express his Personal Opinions and Convictions under the ECHR”, en *Utrecht Law Review*, vol. 13.
- HILBINK, Lisa (2014): *Jueces y política en democracia y dictadura* (Buenos Aires, Flacso). Traducción de la edición original en inglés de 2007.
- VENICE COMMISSION (2015): *Report: on the freedom of expression of judges*. Opinión 806/2015. Disponible online: <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2015\)018-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2015)018-e)>.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Albayrak v. Turquía* (1997), TEDH 31 de enero de 2008, 38406/97.
- Baka v. Hungría* (2014), TEDH 23 de junio de 2016, 20261/12.
- CIDH, Informe N° 21/18, Caso 12.955. Fondo. Daniel Urrutia Lambreaux. Chile. 24 febrero 2018.

CIDH, Informe N° 51/14, Petición 1389-05. Admisibilidad. Daniel Urrutia Lambreaux. Chile. 21 julio 2014.

Di Giovanni vs. Italia (2013), TEDH 9 de julio de 2013, 51160/06.

Kudeshkina vs. Rusia (2009), TEDH 26 de febrero de 2009, 29492/05.

López Lone y otros vs. Honduras (2015), Corte IDH 5 de octubre de 2015, 302/86.

Wille vs. Liechtenstein (1999), TEDH 28 de octubre de 1999, 28396/95.

Buscemi vs. Italia (1999), TEDH 16 de septiembre de 1999, 29569/95.

Lavents vs. Letonia (2002), TEDH 28 de noviembre de 2002, 58442/00.

Olujić vs. Croacia (2009), TEDH 5 de febrero de 2009, 22330/05.

¿HACIA EL PRECEDENTE VINCULANTE EN CHILE?

TOWARDS BINDING PRECEDENTS IN CHILE?

PABLO ANDRÉS BECERRA POBLETE^{* **}

RESUMEN: El presente ensayo intenta recoger el debate sobre reforma judicial y precedentes vinculantes en Chile, proporcionando un contrapunto con la función y operatoria del precedente en el derecho de common law inglés, permitiendo desmitificar algunos lugares comunes que se manejan a su respecto en la literatura local. Este ejercicio sugiere que un sistema de precedentes vinculantes no es una vía adecuada de solución para los problemas que correctamente apunta la doctrina nacional, proponiendo soluciones alternativas para dichos problemas que, al mismo tiempo, permitan mantener la centralidad de la legislación en un Estado democrático de derecho.

ABSTRACT: The following essay attempts to tackle the Chilean debate regarding judicial reform and precedents, providing a counterpoint with the function and operation of precedents in the English common law, thus allowing for demystification of several common places in the local literature regarding said common law precedents. This exercise suggests that a system of binding precedents is not an adequate solution for the problems that the local literature correctly identifies regarding the Chilean judiciary. Several alternative solutions are proposed, which, at the same time, preserve the central role that legislation plays in a democratic state under the rule of law.

PALABRAS CLAVE: Corte Suprema, reforma procesal civil, precedentes.

KEYWORDS: Supreme Court, civil procedure reform, precedents.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile. Abogado. Magíster en Derecho, mención Derecho Público Universidad de Chile. Correo electrónico: pbecerrap@gmail.com.

** El presente ensayo surge producto de la invitación que me fuera efectuada por don Rodrigo Carvajal Schnettler para colaborar con la *Revista del Instituto de Estudios Judiciales*, a quien agradezco el honor y oportunidad brindada. Agradezco también, muy especialmente, al Dr. Javier Rodríguez Diez, quien gentilmente me facilitó valiosos materiales de lectura e interesantes conversaciones sobre Derecho anglosajón y precedentes judiciales. Los errores y omisiones, desde luego, son solo míos.

I. PRECEDENTES EN LA CORTE SUPREMA DE CHILE: EL RESURGIMIENTO DE UNA IDEA

A comienzos de la década pasada, ACCATINO apuntaba certeramente una de las características distintivas de la cultura jurídica chilena, a propósito de un incipiente debate sobre la idea de precedentes vinculantes en los tribunales superiores de justicia chilenos: el conservadurismo y marcado “legalismo” de la comunidad jurídica local. Estas características, sostenía, inhibían a la comunidad jurídica chilena de considerar seriamente la idea del precedente judicial como un posible camino de reforma respecto a los modos de actuación e intervención tradicionales de nuestros tribunales.

“Es probable que la primera impresión que provoque hablar de precedente judicial en el contexto de la cultura jurídica chilena sea de asombro o de sospecha. Hemos sido formados como juristas bajo la creencia que la identidad de nuestro sistema legal descansa en alguna (importante) medida en la exclusión de un efecto general y vinculante de las decisiones anteriores de los tribunales de justicia [...]”¹.

Lo importante –reparaba la autora– era no centrarse en la doctrina de *stare decisis*, sino en la práctica judicial de tener en consideración como modelos decisorios los fallos anteriores de (al menos ciertos) tribunales, donde dichos fallos podrían asumir diversas modalidades o grados de vinculación², abriendo así el abanico de posibilidades más allá de la solución binaria entre vinculación-no vinculación. Pero la suya era una voz más bien aislada, en un contexto que, tal como ella anotaba, no estaba abierto a considerar seriamente una reforma en tal sentido.

Hoy, el contexto ha cambiado. Junto con la discusión de un Nuevo Código Procesal Civil (“NCPC”), comenzamos a tener una segunda discusión, acerca de nuestra organización judicial en general y el “rol” o “roles” que nuestra Corte Suprema debiera cumplir en el contexto de las reformas procesales en curso. Esta otra discusión no es nueva, pero vuelve a hacerse visible con las proposiciones que el proyecto de NCPC recoge acerca de la Corte Suprema en materia de recursos, asignándole

¹ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela (2002): “El precedente judicial en la cultura jurídica chilena”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Sobre la cultura jurídica chilena, pp. 559-82.

² ACCATINO SCAGLIOTTI (2002), p. 560.

un rol de uniformación de jurisprudencia. De la mano de la pregunta por el rol de la Corte Suprema frente a una específica configuración de recursos procesales civiles propuesta en el NCPC, surgen, entonces, otras preguntas, tanto o más importantes, relativas a la organización de la Corte Suprema, a sus poderes en el contexto del sistema judicial más ampliamente considerado y en torno a si su organización actual satisface las múltiples demandas que la sociedad chilena moderna espera de ella. Después de todo, no parece razonable pensar en un nuevo sistema de recursos civiles sin una reflexión acerca del órgano llamado a administrar ese nuevo sistema de recursos civiles y si dicho órgano sería capaz de cumplir con las expectativas que la sociedad tiene de él al administrar tal o cual esquema de recursos. De la incipiente discusión académica y judicial³ por el rol de la Corte Suprema chilena, propiciada por la reforma procesal civil, surge una renovada preocupación y una proposición acerca de la generación de jurisprudencia uniforme como horizonte de reforma para la Corte Suprema chilena.

En el centro de esta preocupación por el establecimiento de algún sistema de uniformación de jurisprudencia en torno a precedentes se encuentra una idea de realización de la igualdad, en sentido amplio. El principio de igualdad –comienza el argumento– no solo debe informar la estructura y contenido de la legislación, sino que también debe informar la decisión jurisdiccional que concretiza el mandato general y abstracto legislativo. Que dos casos idénticos en todos sus aspectos jurídicamente relevantes sean resueltos en forma distinta –nos diría un partidario de establecer alguna modalidad de precedentes vinculantes– es una cuestión que rompería con el principio y garantía constitucional de igualdad ante la ley, de modo tal que se requerirían arreglos institucionales que puedan poner coto en forma efectiva a la posibilidad de un trato desigual en este sentido por parte de los órganos jurisdiccionales. Al final del día, si el Estado no puede admitir un trato desigualitario a las personas y el órgano vértice del sistema judicial ha resuelto un caso en determinado sentido, dando razones apropiadas para

³ El ex presidente de la Excm. Corte Suprema, don Sergio Muñoz, adelantaba algunas ideas al respecto, las que pueden consultarse en: “Presidente de la Corte Suprema plantea cómo uniformar la jurisprudencia y constituir precedente judicial”. Instituto Chileno de Derecho Procesal (online), 26 de mayo de 2014, Disponible en <<http://www.ichdp.cl/presidente-de-la-corte-suprema-plantea-como-uniformar-la-jurisprudencia-y-constituir-precedente-judicial/>>.

ello, resulta difícil justificar que cualquier juez o tribunal resuelva el mismo asunto en otro sentido, con razones divergentes a las antes entregadas para fundar el fallo precedente. Ello resiente –diría el argumento de dicho partidario hipotético– la confianza en el sistema judicial y en el Estado de derecho, las más de las veces amparando la arbitrariedad; en todos los casos perdiéndose la predictibilidad de la decisión y, con ella, la claridad y predictibilidad del derecho mismo a ser aplicado. Esas creencias sobre la identidad de nuestro sistema jurídico, a que aludía ACCATINO⁴ a principios de la década del 2000, lentamente han ido cediendo en favor de una mayor apertura hacia incorporar alguna modalidad de precedentes vinculantes en nuestro sistema jurídico.

Más recientemente, MATURANA ha caracterizado los posibles roles de órganos como las cortes supremas en torno a tres categorías: cortes de instancia, de casación o de unificación de jurisprudencia⁵. En contraste con esta esquematización abstracta, los sistemas concretos de *civil law* no exhibirían una distinción clara del rol o misión que ellos cumplen, dado que todos ellos participan en alguna medida en la solución del conflicto particular. Dicho de otro modo, compartirían en distintas medidas y proporciones las funciones propias de tribunales de instancia, de casación y de unificación de jurisprudencia. En cambio –prosigue MATURANA–, en los sistemas de *common law* sí resultaría posible realizar tal distinción, porque los tribunales de base del sistema atienden al conflicto particular, los tribunales intermedios controlarían la decisión y, en la cúspide del sistema, “se vela por el sistema de precedentes”. Así, el sistema de *common law* ofrecería una organización judicial donde los roles de instancia, casación y unificación de jurisprudencia estarían más claramente diferenciados. Teniendo la anterior caracterización en mente, dicho autor reflexiona que la justicia de la decisión, en nuestro ordenamiento jurídico, demanda una justa composición del litigio atendiendo al *ius litigatoris*, pero que “el Derecho” requiere también de “seguridad jurídica”, de una aplicación igualitaria de ley y de “predictibilidad” acerca de la manera en que se resolverán conflictos similares por órganos jurisdiccionales. De lo anterior, dando preponderancia a lo que él identifica con el

⁴ *Supra* nota 1.

⁵ MATURANA MIQUEL, Cristián (2016): “El rol de una Corte Suprema”, en *Revista de Estudios Judiciales* N° 2-3 (Instituto de Estudios Judiciales Hernán Correa de la Cerda). Thomson Reuters-La Ley, pp. 25-54.

ius constitutionis, por sobre el *ius litigatoris*, concluye que resulta conveniente el establecimiento de alguna modalidad de sistema de precedentes:

“De allí que, en aras de la protección del *ius constitutionis*, debe velarse siempre por la aplicación en forma igualitaria de la ley para la solución de conflictos similares, para lo cual resulta necesario asegurar la existencia de una sola doctrina jurisprudencial, que debe emanar de la Corte Suprema en forma vertical hacia los otros tribunales de justicia, pero también en forma horizontal hacia ella misma”⁶.

De ese modo, postula que los jueces debieran estar vinculados no solo a la ley, sino también a los fallos de tribunales superiores que determinan su alcance para un caso similar, porque ellos deben resolver los asuntos “conforme a un sistema jurídico” y no en base a decisiones “personalistas”, “erróneamente sustentadas en una mal entendida independencia personal”⁷. Esa última frase, que sugiere que la libertad interpretativa de un juez para decidir un caso obedece a una concepción “personalista” de la función judicial, resuena fuertemente cuando se lee a BRAVO afirmar que:

“la independencia interna que merece continuar siendo protegida en Chile es la prohibición de intervención directa, no la libertad judicial de interpretación. Y no merece ser protegida porque la libertad de interpretación es *contradictoria* con otra garantía del Estado de Derecho [la igualdad ante la ley]... Pero si se cree que cada juez es independiente para tener criterios distintos, entonces pierde legitimidad tener tribunales desde un comienzo”⁸.

La anterior me parece una idea verdaderamente impresionante por su alcance y consecuencias, que debió ser objeto de bastante más atención de la que aparentemente recibió: lo que los jueces han hecho en los sistemas judiciales continentales desde que se han organizado como judicaturas propiamente tales, esto es, decir el derecho en el caso concreto sin que sea otro tribunal (ni nadie más) el que les imponga el criterio para resolver el caso, es inconciliable con otra garantía del Estado de derecho, por lo que no solo debe dejar de ser objeto de protección, sino que su existencia pone en

⁶ MATURANA MIQUEL (2016), p. 34.

⁷ Ídem.

⁸ BRAVO HURTADO, Pablo (2014): “Precedente vinculante versus independencia judicial en Chile”, en *El Mercurio Legal (online)*, 24 de julio de 2014, sec. Opinión. Las cursivas son nuestras.

entredicho la idea misma y sentido de contar con tribunales⁹. Nótese que tanto el argumento desplegado por MATORANA como el de BRAVO pueden ser reformulados en clave de imparcialidad: la posibilidad de que un juez falle dos casos idénticos en forma desigual implica que el sistema decisorio se encuentra derechamente abierto a la posibilidad de parcialidad. Ambos autores parecen discurrir entre dos polos opuestos, al parecer inconciliables, cuestión de la cual el título de la columna citada es indiciario: independencia judicial *versus* precedente vinculante o *mutatis mutandi*, independencia judicial *versus* igualdad ante la ley. Si tal es el diagnóstico, pues se sigue de ello la evidente necesidad de poner coto a la arbitrariedad que entraña la libertad decisoria del juez de instancia, lo que sugiere restringir —cuando no derechamente anular— la posibilidad de que un juez individual se aparte de la jurisprudencia bien establecida (por autoridad o por fuerza).

A esta defensa “negativa” del precedente puede sumarse una defensa “positiva” del mismo, como aquella ofrecida por DÍAZ¹⁰, entregando razones a favor, que operan al mismo tiempo como refutación a lo que presenta como argumentos conservadores y refractarios a una reforma en tal sentido. Si la presentación de las objeciones y su refutación resulta convincente, es algo sobre lo cual suspendo el juicio por ahora; interesa más notar, aquí, el *tipo* de objeciones en las que se está pensando al discutir la idea de precedente: que no se atenta contra el sistema de fuentes del Derecho chileno¹¹ o que no empobrece al ordenamiento jurídico¹² son el tipo de argumentos u objeciones que el autor tiene en vista a la hora de discutir el problema, para luego proceder a refutar dichas objeciones que él presenta de ese modo. La pregunta por el *rol* que cumplen los jueces en el contexto institucional en que se insertan, y a los que se pretende encargar un sistema de generación de precedentes, no juega un rol visible aquí. Más interesantes me han parecido, en la perspectiva de una justificación positiva del precedente como posible

⁹ Véase también de BRAVO HURTADO, Pablo (2012): “Recursos ante las Cortes Supremas en el *civil law* y en el *common law*: dos vías a la uniformidad”, en *International Journal of Procedural Law* 2, pp. 323-39, y BRAVO HURTADO, Pablo (2013): “Hacia los precedentes en Chile: reforma procesal civil y fuentes del derecho”, en *Revista Chilena de Derecho* 40, N° 2, pp. 549-76.

¹⁰ DÍAZ GARCÍA, Luis Iván (2015): “Diez razones para incorporar el seguimiento del precedente en Chile”, en *Revista de Derecho* 22, N° 2 (Universidad Católica del Norte), pp. 139-71.

¹¹ DÍAZ GARCÍA (2015), p. 143.

¹² DÍAZ GARCÍA (2015), p. 148.

camino de reforma para el ordenamiento chileno, las reflexiones que han proporcionado PÉREZ RAGONE y PESSOA PEREIRA¹³. Observando un impulso de marcado signo unificador en una serie de reformas introducidas por el legislador en los asuntos de competencia de la Corte Suprema, los autores rescatan el potencial del precedente para coadyuvar a “gestionar” coherencia, seguridad, previsibilidad y –destacan especialmente– el “diálogo” entre los distintos tribunales del sistema, “hasta llegar a un argumento legitimante y convincente que pueda ser seguido por los tribunales en sus fallos futuros minimizando el riesgo de error”¹⁴, lo que a su turno posibilita un proceso decisorio imparcial y racional, y un trato igualitario hacia el justiciable. Sobre opciones regulatorias concretas para darle un rol al seguimiento de precedentes en Chile, los autores son más parcios.

Integrando la perspectiva teórica con un trabajo de entrevista a una muestra de actores relevantes del sistema judicial, el texto de COUSO y MERA¹⁵ reúne cuatro estudios acerca de los precedentes en la justicia penal, entre los cuales resulta de particular interés a estos efectos su excelente “Convicciones de los jueces y precedentes: la ardua tarea de construir estándares para la uniforme aplicación del derecho penal”¹⁶, desarrollado a propósito de materias penales pero superando dicho ámbito, para extenderse hacia al concepto de precedente en el *common law*, las relaciones entre precedente e igualdad ante la ley y la función que, se propone, debiera tener la Corte Suprema a este respecto. En este estudio, entre otros varios aspectos de interés, se proporciona una visión acerca de lo que desde la propia judicatura se discute en torno a la idea de seguir precedentes, para lo cual se efectuó una serie de entrevistas a ministros de la Corte Suprema y de algunas Cortes de Apelaciones. De ese diálogo, entre academia y judicatura, quisiera destacar tan solo dos puntos específicos, por ahora.

¹³ PÉREZ RAGONE, Álvaro y PESSOA PEREIRA, Paula (2015): “Función de las cortes supremas de Brasil y Chile en la generación y gestión del precedente judicial entre lo público y lo privado”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Valparaíso), N° 44, pp. 173-214. De PÉREZ RAGONE, sobre una propuesta de precedentes para la Corte Suprema, véase también su “El complejo de Sísifo y la Corte Suprema chilena”, en *La misión de los tribunales supremos*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons, 2016), pp. 253-66.

¹⁴ PÉREZ RAGONE y PESSOA PEREIRA (2015), sección VI.

¹⁵ COUSO, Jaime y MERA, Jorge (2011): *Precedentes y justicia penal*, 1ª edición (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales), 338 p.

¹⁶ En COUSO y MERA (2011), pp. 197 y ss.

El primero consiste en que, en general, los jueces chilenos consultados en el estudio evidenciaron una posición contraria a la idea de seguir precedentes vinculantes. Dicha oposición se fundaría principalmente, según los propios entrevistados, en el concepto de independencia judicial interna¹⁷, el cual, de una parte, los autorizaría para discrepar jurídicamente de un criterio decisorio expresado por un tribunal superior, y de otra parte, los conminaría a hacer justicia en el caso concreto sin tomar en consideración elementos ajenos al mérito del propio caso. En torno al concepto de independencia judicial giran, también, otras varias razones, que me parece pueden ser reconducidas a la libertad decisoria que viene aparejada a esta noción de independencia judicial: que, en materia penal a lo menos, la renovación de ideas proviene más bien de los tribunales especialistas de base (jueces que han optado por, y se dedican exclusivamente a, el estudio y decisión de casos penales) que de los ministros generalistas de una Corte Suprema; que la jurisprudencia de la sala penal de la Corte Suprema tiende a ser inestable, entre otros motivos, por la integración de la sala respectiva, o que muchos fallos de la Corte Suprema sencillamente *no son convincentes* por su inadecuada o insuficiente fundamentación¹⁸.

El segundo punto consiste en que las prácticas decisorias concretas de estos tribunales colegiados hacen, si no imposible, a lo menos bastante improbable que los fallos previos de tribunales superiores (de la misma Corte de Apelaciones, de otras cortes o de la Corte Suprema) puedan tener algún protagonismo en el proceso decisorio del ministro que integra estos tribunales colegiados. A la fecha del estudio, y todavía hoy en gran medida, el Poder Judicial chileno carece realmente de un sistema institucional de difusión de la jurisprudencia de la Corte Suprema¹⁹. Que un juez tome en consideración las sentencias previas que sobre la misma materia ha dictado la Corte

¹⁷ COUSO y MERA (2011), p. 203.

¹⁸ COUSO y MERA (2011), p. 204. Este punto, vertido por los propios ministros entrevistados, me parece que ameritaría mucha mayor atención: no es que los tribunales inferiores ignoren la jurisprudencia de la Corte Suprema en base a alguna noción de “rebeldía” judicial o un sentido exacerbado de su propia independencia, como a ratos sugieren los propios Couso y Mera, sino que la Corte Suprema, muchas veces, sencillamente *no les resulta convincente*.

¹⁹ COUSO y MERA (2011), p. 202. Hoy en día, existe un listado de las sentencias dictadas cada día por la Corte Suprema al que puede acceder en línea, así como existe un sistema de búsqueda de jurisprudencia, pero ninguno de estos sistemas parece demasiado satisfactorio en la perspectiva de *comunicar a la comunidad* los criterios fundamentales involucrados en casos importantes.

Suprema depende fundamentalmente de su propia iniciativa individual y, en general, las líneas jurisprudenciales –de haberlas– resultan desconocidas por los demás jueces del sistema, o solo accidentalmente toman conocimiento de ellas, careciéndose de un estudio y seguimiento sistemático y constante al respecto, así como de una organización y soporte informático dispuesto para satisfacer esa necesidad. Agregó a lo anterior que la propia dinámica decisoria concreta en las Cortes de Apelaciones usualmente atenta contra la posibilidad de dar mayor protagonismo al estudio de las decisiones previas, sean de la propia Corte de Apelaciones, sean de la Corte Suprema: si, en general, el conocimiento de un asunto es proporcionado a los ministros en una audiencia intermediada primeramente por un relator que resume la causa y la cuestión a decidirse; para luego escuchar alegatos de las partes, tras los cuales, a puerta cerrada, se discute ahí mismo cómo se resolverá el asunto entre los tres ministros (sin perjuicio de que después se redacte el fallo escrito con su fundamentación), sin mayor revisión documental de los antecedentes y ciertamente en un período de tiempo tal –algunos minutos antes de la siguiente causa a verse– que excluye cualquier posibilidad de estudiar las sentencias previas sobre la materia; pues, así considerado, nadie debe en realidad sorprenderse de que la jurisprudencia previa sobre el asunto en realidad no tenga mucha influencia sobre la decisión de ese tribunal colegiado, salvo está, y solo en alguna medida, de que se trate de fallos previos dictados por la *misma sala*, que los ministros que la integran puedan recordar. Esta dinámica decisoria, enteramente práctica, suele ser ignorada por el análisis académico, el cual suele agotarse en describir las reglas para la adopción de acuerdos en tribunales colegiados, sin pesquisar cuestiones relativas a su operación práctica.

Quizá la síntesis más completa sobre el problema del precedente desde la perspectiva nacional sea la que proporciona ROMERO²⁰. Dicho autor traza la historia de la preocupación política por la unificación de la jurisprudencia en Chile, documentando tanto las voces que se han levantado por la idea de introducir mecanismos que tiendan hacia la unificación de la jurisprudencia, como las reformas legislativas concretas que, desde diversas parcelas del ordenamiento jurídico procesal chileno, han pretendido avanzar hacia condiciones que permitan la generación de criterios jurisprudenciales

²⁰ ROMERO SEGUEL, Alejandro (2013): *El recurso de casación en el fondo civil. Propuestas para la generación de precedentes judiciales*, 1ª edición (Santiago, LegalPublishing), 234 p.

armónicos. Tras una ilustrativa referencia a los conceptos de precedente y *ratio decidendi*²¹, ROMERO argumenta que la garantía de igualdad ante la ley, formulada negativamente como discriminación judicial, justifica la intervención unificadora de la Corte Suprema, la que, de hecho, ya se encontraría premunida de todos los medios técnicos para controlar, por vía de casación, el error *decisorio litis* por discriminación judicial, sin necesidad de una reforma legal²². Bajo esta perspectiva, la lectura tradicional de la independencia judicial requiere ser readecuada, de modo tal que ella no pueda ser invocada por un juez para “prescindir de la igualdad de trato que garantiza la Constitución”²³.

Es de notar que todos estos autores coinciden en un punto: todos identifican como una de las principales objeciones en contra del establecimiento de alguna modalidad de vinculación jurisprudencial en Chile al concepto de independencia judicial interna, concepto que se presentaría, en las versiones más extremas de estos proponentes, como un escollo a ser removido para que el sistema judicial pueda por fin abrazar su verdadera misión o, en versiones más moderadas, como una garantía que, rectamente entendida, o derechamente adaptada, debe armonizarse con la idea de una entidad judicial que uniforma la jurisprudencia, irradiando sus criterios decisorios hacia los demás tribunales del sistema, los que, correlativamente, deben a lo menos tomar seriamente en consideración dichos fallos al momento de decidir un caso. Como lo resumía MERA:

“La principal razón invocada por los jueces inferiores para rechazar la obligatoriedad de los precedentes sería la independencia interna que ellos gozan, lo que los autorizaría a discrepar de las interpretaciones jurídicas del máximo tribunal y a fallar de acuerdo con sus propias convicciones jurídicas. Se trata de un grave malentendido sobre el alcance de la independencia de los jueces, que es una garantía de las partes (su derecho a que el asunto se resuelva por un tribunal independiente) y no un privilegio judicial”²⁴.

Llegados a este punto, la pregunta no puede ser evitada: ¿realmente se trata todo esto, tal como apunta MERA, de un “grave malentendido”, uno que,

²¹ ROMERO SEGUEL (2013), especialmente pp. 144, 147 y 168.

²² ROMERO SEGUEL (2013), p. 207.

²³ ROMERO SEGUEL (2013), p. 132.

²⁴ COUSO y MERA (2011), pp. 216-17.

tal parece, hemos perpetuado prácticamente dos siglos, reconociendo un efecto relativo a las sentencias judiciales de todos los tribunales del sistema judicial chileno y un ámbito de independencia a los jueces para resolver lo que en derecho estimen correcto en un caso concreto? Parafraseando a uno de los autores comentados más arriba, ¿cuándo y por qué, exactamente, la “libertad de interpretación” del juez dejó de “merecer protección”? ¿Cuál era, y hasta ahora sigue siendo, el sentido de dicha protección? ¿Por qué es que, de la identificación de la necesidad de coherencia y consistencia en las decisiones judiciales, se seguiría que precisamente un *sistema de seguimiento de precedentes* sería la solución a tal necesidad así identificada, entre varias otras soluciones imaginables?

En las líneas que siguen ofrezco una reflexión acerca del concepto de precedentes, su operatoria y su función en el contexto de una organización política concreta. El objetivo de este trabajo es examinar las proposiciones sobre precedentes vinculantes para Chile desde la perspectiva de lo que un tribunal de *common law* hace cuando dicta o administra precedentes, lo cual, espero, arrojará luz sobre la técnica del precedente vinculante y el rol de un tribunal productor de precedentes vinculantes como posible solución a problemas locales.

II. DESENTRAÑANDO EL CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL PRECEDENTE

1. *Stare (in)decisis*: ¿qué tan vinculante es el “precedente vinculante”?

Al discutirse la idea de precedentes vinculantes en Chile, se observa que resulta influyente el ya clásico estudio comparativo editado por MACCORMICK y SUMMERS²⁵, citado por casi todos los autores chilenos revisados arriba. Dicho estudio, como presupuesto metodológico, propone hablar indistintamente de “precedentes” con diversos “grados de vinculación”, lo cual permite tender algunos puentes de análisis en común para diversas jurisdicciones analizadas. De este modo, toda decisión final de un órgano vértice judicial es un “precedente”, y lo que distingue a los “precedentes” de distintos órganos vértices judiciales es el “grado de vinculación” que estos evidencian, el cual resulta ser función de un número de opciones políticas y

²⁵ MACCORMICK, Donald Neil y SUMMERS, Robert S. (eds.) (1997): *Interpreting Precedents: A Comparative Study* (Dartmouth, Ashgate). Versión para Kindle.

regulatorias nacionales en cada país estudiado y que conforman precisamente el centro de atención del estudio comparativo en cuestión. Adicionalmente, entre dichos autores resulta muy influyente el libro fundamental sobre la materia escrito por CROSS y HARRIS²⁶, lectura obligada sobre la doctrina del precedente inglés. Por ejemplo, ROMERO toma las siguientes reflexiones de dicho texto, obtenidas de una traducción del mismo: “[...] el precedente judicial tiene un efecto persuasivo en casi todos los ordenamientos jurídicos, en razón a que el *stare decisis* (estarse a lo que se ha decidido previamente) es una máxima de aplicación prácticamente universal. *La particularidad de la doctrina inglesa del precedente es que la misma tiene una naturaleza fuertemente coercitiva*, y en virtud de dicha doctrina los jueces ingleses a veces se ven obligados a seguir un precedente incluso teniendo buenas razones para no hacerlo”²⁷.

Como punto de partida, pues, quisiera llamar la atención nada más que sobre un presupuesto metodológico de dicha literatura extranjera, tal como ella es citada y empleada por los autores chilenos. Tanto para MACCORMICK y SUMMERS como para CROSS y HARRIS “todo es precedente”. Vale decir, desde su particular perspectiva cultural y formativa, lo que los tribunales a lo largo de todo el mundo hacen es dictar “precedentes”. Existiría una función esencialmente análoga, común a todos los sistemas revisados, consistente en la dictación de precedentes. Lo que pone a la judicatura inglesa aparte de sus pares de *civil law* radicaría, entonces, no en la función misma, sino en una “naturaleza fuertemente coercitiva” de sus precedentes, bajo la cual “los jueces ingleses a veces se ven obligados a seguir un precedente incluso teniendo buenas razones para no hacerlo”²⁸. Se trataría de una cuestión de grados de vinculación, si se quiere. Pero, avanzando desde el punto de partida antes referido, ¿en qué sentido las decisiones de los tribunales ingleses resultan especialmente coercitivas, de modo tal de caracterizarse dicho sistema judicial por esas decisiones particularmente coercitivas?

La respuesta de la más autorizada doctrina inglesa a la pregunta por el origen y grado de coercitividad del precedente es que dicha especial naturaleza coercitiva viene dada por unas “*rules of practice*”, reglas que son de creación

²⁶ CROSS, Rupert y HARRIS, J.W. (1991): *Precedent in English Law*, 4ª edición, Clarendon Law Series (Reino Unido: Clarendon Press). Versión para Kindle.

²⁷ ROMERO SEGUEL (2013), p. 142. Las cursivas son nuestras.

²⁸ Ídem.

enteramente de los propios tribunales y que han variado considerablemente en el tiempo²⁹, culminando en una reformulación de las mismas en 1966 por el *Lord Chancellor*, quien emitió una declaración de práctica, comunicando que continuaría tratando sus decisiones pasadas como vinculantes, salvo que pareciera correcto apartarse del precedente. Como guía para la comunidad, la declaración no ofrece mucho: el precedente será tratado como vinculante hasta que se decida lo contrario. Pero la declaración tiene sentido si se toma en cuenta que, hasta 1966, la *House of Lords* se estimaba vinculada a sus propios precedentes en forma tal que estaba impedida de apartarse de ellos, cuestión en la que dicha declaración de 1966 vino a innovar, permitiendo a la *House* apartarse de su propio precedente y, de esa forma, contar con mayor flexibilidad. De este modo, las decisiones pasadas de ciertos tribunales ingleses son vinculantes para los jueces del sistema porque los propios jueces así lo han establecido y realizado, y la forma en que se materializa dicha vinculación no está hoy establecida más que en una escueta declaración formulada en 1966 por el *Lord Chancellor*. Entender este punto es clave: prácticas y tradiciones centenarias están entonces en el centro del derecho de *common law*. Pero seguramente –piensa el abogado continental– esa “especial naturaleza coercitiva” de que hablaban CROSS y HARRIS, evitando mayor conceptualización, tiene que tener su correlato en algún diseño jurídico concreto, algún remedio especialmente severo con las transgresiones al precedente o alguna forma de recurso especial para denunciar que un juez se ha apartado del precedente, con graves consecuencias para el proceso así tramitado o para el juez que se aparta de los precedentes sobre la misma materia, ¿no es así? ¿En qué otra cosa podría consistir, si no, esa “especial coercitividad” que se predica del precedente judicial en el *common law*? Consideremos ahora en qué creen CROSS y HARRIS, que radican las diferencias de coercitividad del precedente en comparación con, digamos, las decisiones –sentencias– de un juez francés, ejemplo paradigmático de juez de Derecho Continental. Según estos autores, recogiendo una opinión difundida de la doctrina inglesa, tres razones explicarían la diferencia: i) el juez continental no sentiría tan fuertemente la necesidad de certeza en las decisiones porque la certeza es proporcionada por la ley y la codificación³⁰; ii) el sistema judicial (francés) continental era demasiado descentralizado

²⁹ CROSS y HARRIS (1991), loc. 239-244.

³⁰ CROSS y HARRIS (1991), loc. 372.

como para “evolucionar” hacia una doctrina de precedentes vinculantes tan estricta como la propia (de los ingleses)³¹, y iii) la distinta posición del juez continental, juez de carrera y que ingresa a la judicatura más joven e inexperimentado, hace que la judicatura sea reputada como menos importante en Francia que en Inglaterra, cuestión que, “aunque difícil de aquilatar en su importancia, es generalmente asumida como correcta, explicando que el juez inglés despliegue mayor atención al *case-law* que la que se presta a las decisiones judiciales en el continente”³². Creo que estas consideraciones impresionarían a cualquier abogado entrenado en un sistema de Derecho Continental y no solo a un juez francés, en no menor medida por lo improbables y especulativos de sus asertos. Pero incluso si los diéramos por buenos y suponemos, digamos, que al juez continental “le importan menos” las decisiones judiciales porque es más joven e inexperimentado que el juez inglés, ello todavía no explicaría, me parece, por qué la decisión misma del juez continental está dotada de una naturaleza “menos coercitiva” que la del juez inglés, así como tampoco explicaría en qué radicaría concretamente dicha mayor “coercitividad” en esta última.

CROSS y HARRIS enfatizan especialmente la rigidez del sistema de precedentes como cuestión que explicaría esa especial naturaleza coercitiva, afirmando que nunca fue tan rígido como a partir del siglo XIX. Esta rigidez, comentan los autores, es función directa del desarrollo y perfeccionamiento de los tradicionales *year books*, publicaciones de diverso origen que compendian y reportan los fallos y opiniones emanados de los tribunales ingleses. De hecho, se estima que la efectividad de la doctrina del precedente depende en gran medida de la disponibilidad y precisión de estos reportes de sentencias³³. A medida que la capacidad de seguimiento y compendio de los fallos mejoró, especialmente a partir del siglo XIX, los jueces pudieron seguir de manera más detallada y estricta los fallos preexistentes y la comunidad jurídica pudo tener más y mejor acceso a dichas decisiones, contribuyendo así a la “rigidización” del precedente: un precedente conocido es más fácilmente observado por más jueces. Como los mismos autores advierten, hasta tan tarde como la segunda mitad del siglo XIX, un juez de

³¹ CROSS y HARRIS (1991), loc. 387. Traducción propia.

³² CROSS y HARRIS (1991), loc. 397-407. Traducción propia.

³³ INGMAN, Terence (2008): *The English Legal Process*, 12ª edición (Oxford, Oxford University Press), p. 272.

primera instancia no tenía tapujo alguno en apartarse de una decisión de un tribunal superior simplemente por parecerle equivocada³⁴, así expresándolo. Un *Lord* proponía en 1852, dirigiéndose a la *House of Lords*, que ella “No está obligada por ninguna regla de derecho que pueda ella misma establecer si, en una ocasión posterior, encuentra alguna razón que aconseje apartarse de dicha regla [...]”³⁵. Pero claro, probablemente desde que las decisiones judiciales son más y mejor difundidas con ayuda de mejoras tecnológicas y perfeccionamiento de la edición de tradicionales *year books* o más modernos *law reports*³⁶, resulta plausible que la mayor publicidad de la decisión haya inhibido en alguna medida la disidencia tan abierta y despreocupada, pues los pares se enteraban más fácilmente del fallo dictado, cuestión que CROSS y HARRIS proporcionan como explicación para esa especial vinculación que predicán del precedente inglés. Pero, como puede apreciarse, no es esta, tampoco, una muestra contundente de la particular “coercitividad” o fuerza vinculante del precedente inglés, predicada por los operarios de dicho sistema jurídico, sino, a lo sumo, una tesis acerca del incentivo que la publicidad y divulgación de las decisiones judiciales pudiera generar sobre otros miembros del sistema judicial, impulsándolos hacia la conformidad.

La cuestión a ser enfatizada aquí, y que surge de las ideas vertidas por la literatura inglesa sobre la comprensión de su sistema de precedentes, es que existe una concepción o discurso clásico, que es recibido en nuestro ámbito también, y que presenta al precedente judicial del *common law* inglés como “vinculante” en un sentido fuerte. En ello radica la idea tras la doctrina de *stare decisis*: estarse a lo decidido es “obligatorio” porque los jueces están “vinculados” al precedente; el precedente inglés está dotado de una “naturaleza particularmente coercitiva”³⁷. Pero, como destaca ALLEN, la “fuerza vinculante del precedente” constituye nada más que un lugar común y “una frase sacramental”, “acuñada a través de la repetición sostenida

³⁴ CROSS y HARRIS (1991), loc. 606.

³⁵ CROSS y HARRIS (1991), loc. 613. Traducción propia.

³⁶ Vid. MACCORMICK y SUMMERS (1997), p. 313. Como ponen de relieve los autores, la citación de precedentes a partir de estas publicaciones es una cuestión central a la operatoria del sistema. El peso de la citación dependerá en gran medida de la publicación de que se trate, de si los jueces del fallo citado han certificado la autenticidad de su sentencia o de si las publicaciones han sido preparadas por alguien con estudios de derecho o no.

³⁷ Vid. *supra* nota 27.

y acrítica, conteniendo en realidad una buena dosis de ficción”³⁸. El juez inglés es formado y entrenado en la creencia de que la sana lógica o el argumento más contundente lo proporcionan la analogía con casos anteriores, especialmente cuando esas decisiones provienen de tribunales superiores y que, por esta vía, él está vinculado a tales decisiones; pero, en realidad “sólo está vinculado intelectualmente, correspondiéndole a nadie más que a él mismo decidir si seguir el precedente o no seguirlo”³⁹.

Como explica DUXBURY, matizando a ALLEN,

“los precedentes carecen de genuina fuerza vinculante [en el sentido de que] *no son equivalentes a reglas legales que sean observadas por miedo a las consecuencias probables de su incumplimiento*. Los jueces del *common-law* no son sancionados por no seguir un precedente, por lo cual los precedentes no constriñen al juez en el sentido positivista clásico de la palabra”⁴⁰.

Este último punto, tan sencillo como fundamental, es notoriamente preterido en todas las reflexiones nacionales en torno al precedente en el *common law*⁴¹: no hay nada en el diseño institucional o esquema procedimental que realmente obligue a un juez a seguir un precedente, sea en la forma de un recurso especial para corregir la contravención, sea en la forma de consecuencias de orden disciplinario o cualquier otra. Cabe preguntarse seriamente, pues, qué se está proponiendo realmente cuando se aboga en Chile por el establecimiento de reglas de precedentes “vinculantes”, invocando un sistema jurídico donde el juez que se aparta del precedente no experimenta consecuencia jurídica adversa alguna ni se ve vinculado por diseño institucional alguno en tal sentido.

Pero la ausencia de una sanción o consecuencia jurídica para la inobservancia del precedente no quiere decir que el precedente no “vincule” en algún otro sentido; si el precedente tiene un especial poder de vinculación para los jueces, ese poder, de haberlo, debe hallarse en otra parte. Lo que debe notarse aquí es que, en ausencia de una consecuencia jurídica formal para la inobservancia del precedente, los jueces ingleses en todo caso se *sienten*

³⁸ ALLEN, citado en DUXBURY, Neil (2008): *The Nature and Authority of Precedent*, 1ª edición (Cambridge, Cambridge University Press), p. 13. Traducción propia.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ DUXBURY (2008), p. 14. Traducción propia. Énfasis agregado.

⁴¹ Vid. *supra*, I. “Precedentes en la Corte Suprema...”.

vinculados a seguir los precedentes, o al menos a tomarlos seriamente en consideración al decidir un caso, con amplio margen para el *distinguishing* cuando lo creen conveniente. Correlativamente, esos jueces esperan que los abogados que litigan ante ellos expliquen y presenten todos los precedentes relevantes al caso sometido a su conocimiento, incluso aquellos que pudieran resultar desfavorables al caso del propio litigante, so pena de incurrir en una falta profesional por ocultamiento al tribunal de los precedentes relevantes⁴². La comunidad jurídica más amplia *siente* que los jueces deben observar los precedentes. ¿Qué posiblemente puede generar tal sentimiento en los jueces y operarios de dicho sistema jurídico, en ausencia de cualquier consecuencia jurídica adversa para la inobservancia del precedente o diseño institucional que concretice alguna forma de vinculación jurídica? ¿Qué pasa, realmente, si un juez se aparta de un precedente? CROSS y HARRIS abordan el punto escuetamente:

“[...] si un juez se negara a seguir precedentes en forma *persistente y vociferante*, es posible concebir que se adopten medidas para su destitución, *pero sería un error pensar en tan drásticas sanciones* [...]. Esas reglas [acerca de seguir precedentes] son reglas de mera práctica y, si hemos de estimar que es deseable discutir posibles sanciones para su transgresión, bástenos decir que su incumplimiento *provocaría comentarios adversos por parte de otros jueces*. Huelga decir que no existen muchos ejemplos de tales comentarios en los *law reports* porque *la obligación de seguir esta regla de práctica deriva su fuerza precisamente de que es observada con un alto grado de uniformidad*”⁴³.

Da la sensación de que la pregunta es un tanto desconcertante para los autores, quienes al parecer la estiman no muy relevante, pues comoquiera que el sistema jurídico inglés no prevé consecuencias para el juez que se aparta del precedente, los jueces ingleses sencillamente no incurrir en desviaciones de su deber de seguir precedentes (el *distinguishing*, y otros varios títulos o argumentos para apartarse del precedente, desde luego, no cuentan como apartamiento censurable del precedente). La noción es sin embargo iluminadora: los jueces se ciñen al precedente porque en su grupo de referencia ello es visto como un valor central a su función y la disidencia generaría “comentarios” de sus pares. Recalco: no una consecuencia adversa prevista

⁴² MACCORMICK y SUMMERS (1997), p. 324.

⁴³ CROSS y HARRIS (1991), loc. 2003.

por el Derecho, no un problema de juridicidad, no un vicio susceptible de reclamarse por sí mismo ante un tribunal superior, sino “comentarios de sus pares”. En otros términos, el precedente vincula al juez porque los jueces estiman que los precedentes deben vincular a los jueces, estando ello incorporado en la noción misma de juez, judicatura y sistema judicial, en que son educados y entrenados. Tras este razonamiento aparentemente tautológico se devela un elemento central para comprender la naturaleza y rol de los precedentes en el *common law*: la fuerza del precedente yace más allá de cualquier sanción jurídica positiva.

BENTHAM y AUSTIN recalcan la impropiedad de hablar de “reglas *de derecho*” a propósito de los precedentes del *common law*, precisamente por la ausencia de sanciones u otras consecuencias para el juez que se aparta del precedente en forma injustificada⁴⁴. Es cierto que a mediados del siglo XIX la doctrina del *stare decisis* estaba todavía formulándose, no existiendo claridad acerca de cuándo un precedente debía ser atendido en decisiones posteriores⁴⁵; ni siquiera había una jerarquía clara y bien establecida de tribunales que permitiera dilucidar con certeza cuándo la decisión de un tribunal debía vincular a otro tribunal⁴⁶. Más todavía, los tribunales podían dejar de seguir un precedente emanado de un tribunal superior al concluir que dicho precedente fue alcanzado *per incuriam*, literalmente por falta de cuidado, desatendiendo un precedente relevante o disposición aplicable, lo cual constituye derechamente una imputación de descuido hacia el tribunal superior⁴⁷. Pero incluso en tiempos más recientes, donde dicha doctrina se estima que ya está bien asentada, tenemos que ella se sustenta nada más que en el acuerdo de los propios jueces al respecto y su aceptabilidad en la comunidad más amplia. En términos de un operario familiarizado con un sistema de Derecho Continental, no existe un “recurso” (conceptualización típicamente continental, por lo demás) ni otro remedio correctivo o anula-

⁴⁴ BENTHAM, Jeremy y AUSTIN, John, citados en DUXBURY (2008), p. 16.

⁴⁵ La visión tradicional, heredada de Blackstone, era que un precedente no era una fuente de derecho propiamente tal, sino la evidencia del derecho, que por tanto podía ser descartado por un tribunal posterior en función del derecho del *common law*, que entonces preexiste en un plano ideal. Vid. GERHARDT, Michael J. (2008): *The power of Precedent*, 1ª edición (Oxford, Oxford University Press), p. 47.

⁴⁶ DUXBURY (2008), p. 18.

⁴⁷ CROSS y HARRIS (1991), loc. 2016.

torio específico para el evento de que un juez se aparte de un precedente, ni existe alguna particular o distintiva consecuencia disciplinaria por así hacerlo (aunque pudiera configurarse en algún caso específico). En otros términos, contradecir un precedente no está tipificado como una infracción que habilite a ejercer remedios específicos contra la transgresión *per se*. La decisión así alcanzada podrá ser revisada por un tribunal superior en las condiciones y bajo los presupuestos que toda sentencia emanada de dicho juez puede ser revisada por un tribunal superior (si es que puede serlo). Podrá argumentarse que dicha sentencia es contraria a derecho como base de dicha revisión; pero no se reconoce ningún diseño institucional o mecanismo procesal particular para tal evento, que permita concluir que el precedente es objeto de una particular “coercitividad” o fuerza que lo distinga cualitativamente, en este punto, de una sentencia de un juez continental. Tanto el juez civil como el juez continental pueden ver su sentencia revisada por un tribunal superior, en general, bajo las condiciones y presupuestos aplicables, cuando un litigante la estime contraria a derecho.

De este modo, la fuerza que la comunidad jurídica inglesa reconoce a los precedentes judiciales no radica en ningún reconocimiento o mecanismo positivo que así lo disponga, ni en la existencia de consecuencias particulares que censuren o repriman la transgresión por sí misma, sino que tiene que ver con costumbre y tradición, lisa y llanamente. Como esa misma costumbre y tradición permiten entrever al ser explicadas por CROSS y HARRIS en los párrafos que anteceden, el precedente judicial es generalmente observado *porque así se “ha hecho por siglos”*⁴⁸. Lo interesante aquí es que cuando el juez inglés se aparta del precedente, lo que no tiene nada de extraordinario realmente, dicho disenso no es mirado por la comunidad jurídica inglesa como una discriminación, una arbitrariedad o alguna forma de lesión al principio de igualdad o trato igualitario. Dicho disenso judicial es mirado más bien como la consecuencia razonable de una distinción necesaria con los casos previos, que justifica, según el propio juez del caso actual, la introducción de un tratamiento diferenciado para el mismo, en todo o parte. Dicha práctica, conocida como *distinguishing* (literal y simplemente: distinguir) está bien establecida y reconocida por la judicatura y la literatura académica, la cual, lejos de cualquier intento de conceptualización, simplemente se describe así:

⁴⁸ KEENAN, Denis (1989), *English Law*, 9ª edición (Londres, Pitman,), pp. 2 y ss. Ingman, *The English Legal Process*, 221.

“el *distinguishing* en los hechos o en un aspecto de derecho involucrado en un caso, es un mecanismo empleado por los jueces usualmente para evadir las consecuencias de una decisión inconveniente que, en estricto rigor, les resultaba vinculante”⁴⁹.

¿Cómo entender, entonces, esta aparente disonancia entre lo que los juristas ingleses describen como un sistema donde el precedente es fuertemente vinculante y coercitivo para los jueces, y la circunstancia de que no exista consecuencia jurídica alguna para el juez que se aparta del precedente sin buenas razones para ello (porque si hay buenas razones, es *distinguishing* aceptable)? ¿Está realmente “vinculado” al precedente, en algún sentido jurídicamente relevante, el juez que no está atado a precedente alguno más que por su propio criterio y conciencia en torno a la necesidad de seguir el precedente?

La clave quizá la proporciona un autor que todos probablemente leímos en alguna clase de introducción al Derecho o Filosofía del Derecho, pero al que tal vez no le prestamos toda la atención que convenía (yo, ciertamente, no lo hice). HART publicó su clásico *The Concept of Law* en 1961, mismo año de publicación del libro de CROSS al que venimos aludiendo reiteradamente en este trabajo. No es necesario presentar aquí los aspectos centrales de su tesis, los que procedo entonces convenientemente a eludir, bastándome referir una idea acerca de las “normas sociales”, las que identificamos porque podemos razonablemente anticipar que la desviación del modelo de conducta generará crítica y presión hacia la conformidad por parte del grupo de referencia, cuestión distinta a una sanción estatalmente respaldada o amenaza de coacción estatal. El punto es que HART explicaba que esta última distinción entre norma social y norma jurídica, basada en la idea de coacción, puede inducir a confusión, toda vez que la regla funciona como guía de conducta y su infracción como la justificación para castigar al infractor⁵⁰: la sanción no caracteriza a la regla, sino que es su resultado (eventual). Lo relevante para HART es que, con o sin aplicación efectiva de una sanción, la regla satisfaga ciertos *tests* para determinar qué debe ser considerado como derecho en un tribunal y qué no: su validez como regla,

⁴⁹ INGMAN (2008), p. 226. Traducción propia.

⁵⁰ HART, H.L.A. (1994): *The concept of law*, 2ª edición (Oxford, Clarendon Press), p. 11: “For the judge, in punishing, takes the rule as his guide and the breach of the rule as his reason and justification”.

que la identifiquemos como *derecho*, se corrobora desde un punto de vista interno a la norma y no por recurso a las sanciones que pueda o no tener aparejadas.

HART, cuya perspectiva ha dominado el pensamiento inglés en la materia⁵¹, explica la adopción de un punto de vista interno como una actitud crítica hacia los patrones de conducta desplegados por personas involucradas en una actividad común, sea ella un juego o la actividad de adjudicar disputas; de modo tal que, cuando los jueces siguen precedentes, lo hacen no por temor a la imposición de una sanción ante el incumplimiento (que no la hay, según pudimos ver), sino porque la comunidad de jueces lo estiman como la norma de comportamiento correcta, definitiva de lo que constituye ser y actuar como un juez, así como la comunidad jurídica más amplia y la sociedad en que ella se inserta lo estiman el comportamiento correcto y *esperan* que así se comporte⁵². Ello constituiría una norma de derecho, en formas en que la tradición continental, marcadamente positivista, normalmente no reconocería tal estatus, toda vez que en este otro ámbito, lo que constituye derecho lo identificamos por recurso a aspectos formales, vale decir, relativos a la *forma* en que la regla ha sido enunciada: si es enunciada por un órgano autorizado para hacerlo y en la forma prescrita para hacerlo, es una norma válidamente dictada.

Resumiendo, no hay una consecuencia jurídica específica o una respuesta distintiva del ordenamiento jurídico inglés de *common law* para el evento de que un juez se aparte de un precedente que, *prima facie*, serviría para encuadrar y resolver el caso sometido a su conocimiento. De hecho, la doctrina del *stare decisis*, tal como la conocemos hoy, es de relativamente reciente formulación, consolidándose en la segunda mitad del siglo XX con una versión “rígida” de la misma. Por otra parte, los jueces se ciñen al precedente porque el grupo de referencia de cada juez –los demás jueces– son formados en la convicción de que ese es el comportamiento exigible a un juez y, más todavía, son formados en la idea de que ceñirse a precedentes y razonar en torno a ellos es el rol institucional que define al juez, en lo relativo al derecho de *common law*. La comunidad jurídica y

⁵¹ DUXBURY (2008), p. 19.

⁵² “[...] the internal point of view is manifested in its simplest form, in the use of those rules as *the basis for criticism*, and as *the justification of demands for conformity, social pressure, and punishment*”. HART (1994), p. 98. Cursivas agregadas.

la sociedad más ampliamente considerada comparten también esta forma de pensar el rol del juez en lo que al derecho de *common law* atañe. Cabe notar, también, que los jueces del *common law* habitualmente se apartan del precedente bajo la justificación de efectuar una distinción necesaria en el caso o *distinguishing*, entre varios otros títulos o argumentos para no seguir un precedente, cuestión que es mirada como una respuesta razonable por parte de la judicatura para hacerse cargo de las particularidades que pueda presentar el caso concreto y no como una diferencia arbitraria, un atentado contra la igualdad ante la ley o una mala comprensión de sus propios principios de independencia judicial.

Si algo quisiera destacar a los efectos del presente trabajo, sería precisamente ese último punto: no es la diferencia de criterios para resolver casos similares lo que genera rechazo, sino la diferencia *arbitraria*, que no encuentra una justificación razonable. Variedad y divergencia conviven al interior del *common law* y han permitido que este vaya actualizándose a los nuevos desafíos que la sociedad le ha ido presentando, comoquiera que, cada día con más fuerza, sea el derecho legislado, emanado del Parlamento, el que cobra mayor protagonismo. Escasamente se encuentran voces académicas o de la sociedad más ampliamente considerada que estimen que el apartamiento del precedente, de normal ocurrencia, sea un evento de discriminación, de incertidumbre jurídica o de lesión al principio de igualdad, como tan enérgicamente lo sostiene cierta doctrina chilena en nuestro ámbito para cuando existe divergencia jurisprudencial. Lo que resulta necesario entender, por ahora, es por qué aquello que no genera mayor problema en el ámbito del *common law* —una jurisprudencia divergente— es objeto de resistencia, crítica e, incluso, propuestas de reforma legislativa en el ámbito chileno, donde estas últimas, buscando regularidad, certidumbre y estabilidad de las sentencias judiciales, miran a un sistema jurídico que, en realidad, no proporciona ninguna de ellas, no a lo menos en la forma en que dicha doctrina nacional las piensa.

2. El precedente en acción: cerveza de raíz, caracoles y el moderno Derecho del Consumidor inglés

Para la nada despreciable cantidad de tinta que se ha empleado en la discusión de la idea de precedentes vinculantes como horizonte de reforma para la realidad chilena, resulta llamativa la ausencia de un examen concreto

sobre la operatoria del sistema de precedentes vinculantes del *common law*, vale decir, un examen a sus sentencias, modo de razonar, operatoria de sus tribunales y la forma en que dichos precedentes establecerían el derecho aplicable al caso *sub lite* y a todos los demás casos análogos que se presenten en lo sucesivo, para diversas materias de interés también para el ámbito chileno. Me parece que tal examen podría arrojar perspectivas útiles para entender de mejor modo la operatoria del sistema inglés de precedentes de *common law*, sus tribunales y las interacciones institucionales que el proceso de creación de precedentes echa a andar. Es cierto que el estudio de casos provenientes de sistemas de *common law* no es del todo ajeno a nuestro ámbito, pero tengo la impresión de que dichos esfuerzos se han enfocado más bien en el razonamiento desplegado en casos paradigmáticos de derecho público y derechos fundamentales abordados por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América⁵³, antes que en los aspectos institucionales involucrados en una Corte Suprema que dicta precedentes vinculantes.

La indagatoria propuesta, me parece, generaría valiosos insumos para una mejor comprensión del sistema jurídico del Reino Unido y su sistema judicial de *common law* en particular, el cual, como base u ordenamiento “madre” de todos los sistemas de *common law* hoy vigentes en el mundo, además ayudaría a entender mejor qué es lo que los tribunales de *common law* hacen cuando dictan “precedentes”. Asimismo, la indagatoria ayudaría a poner las propuestas de reforma aquí discutidas en su necesario contexto. Pero, no siendo posible emprender dicha labor con ocasión del desarrollo de este mucho más acotado trabajo, bástenos, por ahora, la mirada a una sola sentencia, a un solo precedente judicial que, espero, complementará el proceso de comprensión de los precedentes que se avanzó en el apartado anterior, desde una perspectiva práctica. Demos un vistazo, entonces, a *Donoghue v. Stevenson*⁵⁴.

⁵³ E.g. *Marbury v. Madison*, *Roe v. Wade*, y otros.

⁵⁴ Tuve una primera aproximación a este caso al traducir al castellano el libro de Peter CANE, *The Anatomy of Tort Law (Anatomía del Derecho de Daños)*, Santiago, Flandes Indiano, 2011). En lo sucesivo me referiré a la traducción al castellano. En dicho libro se aborda cómo el proceso judicial del *common law* va moldeando el derecho aplicable y, como ocurre con el caso *Donoghue v. Stevenson*, creando nuevas reglas de responsabilidad civil. Su análisis resulta útil porque dicho caso es un ejemplo de precedente en una materia bastante familiar para nosotros, como lo es la responsabilidad civil por productos defectuosos, de modo tal que sus tópicos fundamentales en general no resultarán ajenos al lector proveniente del *civil law*, y sus hechos

Donoghue v. Stevenson es un caso originado en Escocia, sobre responsabilidad civil en el *common law* del Reino Unido. La cuestión fáctica involucrada en el caso es bastante sencilla en cierto sentido⁵⁵. La señora Donoghue asistió a un café con una amiga, donde dicha amiga la invitó a un helado acompañado de una cerveza de jengibre. Lo relevante es que el bebestible no fue comprado o pagado por la señora Donoghue, sino por su amiga. Luego de consumir el producto, se supo que la botella contenía los restos de un caracol en estado de descomposición, lo que la señora Donoghue no pudo pesquisar al momento de recibir la botella, por estar dicha botella elaborada con vidrio opaco. La señora Donoghue cayó enferma y su médico le diagnosticó una gastroenteritis, lo que habría sido atribuible a la cerveza de jengibre en cuestión. Por suerte para la señora Donoghue, la gastroenteritis no significó un peligro vital, aunque sí un *shock* y una molestia mayor, de modo tal que decidió demandar al señor Stevenson, fabricante de la cerveza de jengibre por su responsabilidad en la elaboración de dicho producto en condiciones tales que permitieron el ingreso de un caracol al interior de la botella.

El caso así planteado quizá no tiene ninguna peculiaridad para un abogado proveniente del *civil law*. Los Códigos Civiles suelen contemplar reglas bastante amplias de responsabilidad extracontractual bajo las cuales sería posible encuadrar un caso como este, si es que el caso no cayera derechamente dentro del ámbito de leyes especiales de protección al consumidor en vigor en el país de *civil law* de que se trate. La cuestión realmente problemática sería más bien de orden fáctico y de imputabilidad; *e.g.* ¿está acreditado que había un caracol al interior de la botella y que ello es causalmente

son simples, lo que permite despejar con facilidad las cuestiones fácticas para centrarnos en el problema propiamente procesal que aquí nos convoca.

⁵⁵ Consigno aquí que el *Scottish Council of Law Reporting*, una organización sin fines de lucro establecida por la abogacía escocesa, se encarga de publicar reportes periódicos sobre los casos de la *Court of Sessions* escocesa y una serie de materiales informativos y didácticos, para promover el acceso y educación en el Derecho escocés. Cabe notar que los precedentes –de donde emana el derecho de *common law* vigente– son publicados y conocidos en buena medida gracias a iniciativas editoriales privadas, lo que contrasta con el énfasis del *civil law* en la publicación (y publicidad) de la ley. El *Scottish Council of Law Reporting* preparó un mini sitio web dedicado al caso de *Donoghue v. Stevenson*, recopilando las principales piezas del expediente, notas biográficas de interés y materiales didácticos para su enseñanza. Resumo los hechos del caso conforme a su reporte oficial, reproducido en <<http://www.scottishlawreports.org.uk/resources/dvs/donoghue-v-stevenson-report.html>>.

imputable a una acción u omisión negligente del demandado? O bien, ¿existe causalidad directa entre la gastroenteritis experimentada y el hecho de que la botella consumida contuviera los restos de un caracol? Ese tipo de preguntas u otras similares son las que el abogado continental intentaría responder, partiendo siempre de la base que existe una regla de derecho que, cualquiera sea su redacción concreta, y sin perjuicio de regímenes especiales de responsabilidad, establece el deber general de indemnizar a otro por los daños negligentemente causados.

Pero la situación era diametralmente opuesta en Escocia al momento de ocurrir los hechos. Donoghue no podía demandar a Stevenson bajo las reglas del Derecho escocés sobre responsabilidad contractual, ya que ella no había comprado la botella de cerveza, sino que la había recibido como parte de la invitación de su amiga. Y en materia de responsabilidad extracontractual, no había una norma positiva general de responsabilidad por daños, ni el *common law* tenía claridad acerca de la posible responsabilidad que pudiera asistir a Stevenson en un supuesto como este: el *common law* de daños, altamente “formularista”⁵⁶, no reconocía un ilícito específico de responsabilidad extracontractual por productos defectuosos y, de hecho, la defensa de Stevenson se basó principalmente en que no existían precedentes que avalaran la existencia de un deber de indemnizar en tal situación. Es más, la defensa de Stevenson presentó un caso previo muy similar, asumido por el mismo abogado de Donoghue, donde se trató de un ratón muerto dentro de una botella de bebida en lugar de un caracol, caso que fue desestimado precisamente por falta de precedentes en abono de la pretensión indemnizatoria esgrimida.

Tenemos, así, que en un asunto de cotidiana ocurrencia como la responsabilidad extracontractual por daños causados a otros mediante productos defectuosos, el *common law* del Reino Unido no ofrecía respuesta alguna hasta tan tarde como la década de 1930. Y con consciencia de que el derecho aplicable —el *common law* vigente— no avalaba la pre-

⁵⁶ Ocupo el término en el sentido que lo empleaba CANE, explicando que el *common law* pensaba la responsabilidad por daños como un conjunto de “ilícitos típicos” (aquí la “tipicidad” se refiere solo a que la jurisprudencia tenía bien delineados cada uno de los ilícitos y sus elementos configurativos), de modo tal que si el demandante no lograba encuadrar su caso dentro de alguno de los varios ilícitos delineados por la jurisprudencia del *common law*, su pretensión no era objeto de tutela. CANE (2011), pp. 21-32.

tensión que formulaba ante tribunales, la señora Donoghue (en rigor, su abogado) inició y siguió adelante con su demanda por responsabilidad extracontractual derivada de productos defectuosos, presentándola como una infracción a un deber de cuidado general hacia los consumidores por daños causados con negligencia, cuestión que, a lo menos, resultaba poco claro que el derecho aplicable amparara. El caso fue rechazado por la *Court of Sessions*, entonces la más alta autoridad judicial escocesa, pero ella concedió el *leave to appeal*⁵⁷ ante la *House of Lords*, órgano que, en ese entonces, ejercía la más alta autoridad en materia judicial en el Reino Unido, y esta admitió a tramitación la solicitud. Conociendo del caso, la *House of Lords* emitió una decisión que cambiaría el *common law* sobre la materia, reconociendo un deber general de responsabilidad por daños hacia los consumidores por parte de los fabricantes, inaugurando así el nuevo Derecho del Consumo inglés. En dicha sentencia, cada juez de la *House of Lords* deja sentada su opinión individual, de las cuales solamente rescataremos dos: la opinión de *Lord Atkin*, que convocó al voto de mayoría en favor de la señora Donoghue, y la opinión de *Lord Buckmaster*, que expresa una visión disidente, contraria a la pretensión de la señora Donoghue. Comencemos por este último.

Así, comienza su análisis *Lord Buckmaster*: primero deja establecido que no resulta controvertido que el Derecho escocés y el Derecho inglés en materia de daños es idéntico, por lo cual procederá a extender sus consideraciones sobre la base del Derecho inglés aplicable. El *common law* inglés aplicable, explica, debe ser discernido en base a los libros de derecho escritos por juristas autoritativos y las decisiones previas de los jueces a quienes se ha encomendado la “administración” de ese *common law*⁵⁸.

Luego, procede a analizar los criterios decisorios empleados en una serie de casos previos que presentan analogías con el planteamiento de la señora

⁵⁷ Una solicitud formal para que, al alcanzar una sentencia de término, esta pudiera ser sometida al conocimiento de la sala judicial de la *House of Lords*, la que se reservaba el derecho para determinar privativamente de qué casos conocería, admitiéndolos a tramitación o no.

⁵⁸ “Now the common law must be sought in law books by writers of authority and in the judgments of the Judges entrusted with its administration. The law books give no assistance because the work of living authors (however deservedly eminent cannot be used as authorities though the opinions they express may demand attention, and the ancient books do not assist. I turn therefore to the decided cases to see if they can be construed so as to support the Appellant’s case”.

Donoghue⁵⁹. Y tras un exhaustivo análisis, *Lord* Buckmaster concluye que, en realidad, ninguno de ellos es aplicable al caso de la señora Donoghue. Interesantemente, en este punto, tras constatar que no existen precedentes aplicables, él enuncia el principio que *debiera* regir la situación, para el caso de estimar atendible la pretensión de la señora Donoghue: que el fabricante de un producto, en ausencia de un contrato, es no obstante responsable ante cualquier legítimo usuario de dicho producto por su correcta fabricación⁶⁰.

Finalmente, concluye que si un principio como el enunciado existiera realmente en el *common law* inglés, resultaría increíble que nunca hubiese sido aplicado en el pasado. Concuera con la opinión ofrecida por un juez inferior en un caso muy similar, pero con un ratón en lugar de un caracol⁶¹, en cuanto a que, si el fabricante debiera responder por cada botella que elabora, se le estaría imponiendo un deber de responder por algo que no podría razonablemente investigar, controlar y asegurar en cada caso. Por ello, solicita a los demás *Lords* desestimar el caso:

“In *Mullin v. Barr*, 1929 S.C. p. 461, a case indistinguishable from the present, excepting upon the ground that a mouse is not a snail, and necessarily adopted by the Second Division in their judgment, Lord Anderson says this: ‘In a case like the present where the goods of the defenders are widely distributed throughout Scotland, it would seem little short of outrageous to make them responsible to members of the public for the condition of the contents of every bottle which issues from their works. It is obvious that if such responsibility

⁵⁹ Las analogías trazadas entre el presente caso y los previos son muy interesantes, pero su sola reproducción, que no decir su análisis, demandaría todo otro estudio aparte.

⁶⁰ “In my view, therefore, the authorities are against the Appellant’s contention, and apart from authority it is difficult to see how any common law proposition can be formulated to support her claim. *The principle contended for must be this: that the manufacturer or indeed the repairer of any article, apart entirely from contract, owes a duty to any person by whom the article is lawfully used to see that it has been carefully constructed.* All rights in contract must be excluded from consideration of this principle, for such rights undoubtedly exist in successive steps from the original manufacturer down to the ultimate purchaser, embraced in the general rule that an article is warranted as reasonably fit for the purpose for which it is sold. Nor can the doctrine be confined to cases where inspection is difficult or impossible to introduce. This conception is simply to misapply to tort doctrines applicable to sale and purchase”. Las cursivas son nuestras.

⁶¹ Como se dijo antes, se espera de los abogados que aporten al tribunal que conocerá de su caso todos los precedentes potencialmente aplicables, sean estos favorables o desfavorables al propio caso, so pena de sanción disciplinaria. MACCORMICK y SUMMERS (1997), p. 324.

attached to the Defenders, they might be called on to meet claims of damages which they could not possibly investigate or insure.’

In agreeing, as I do, with the judgment of Lord Anderson, I desire to add that I find it hard to dissent from the emphatic nature of the language with which his judgment is clothed. I am of opinion that this Appeal should be dismissed, and I beg to move your Lordships accordingly”.

En suma, *Lord* Buckmaster concluye que el *common law* inglés no ofrece un remedio para los daños experimentados por la señora Donoghue. La pregunta que uno debiera hacerse es ¿quién decidió esto y cómo se decidió? O dicho de otro modo, ¿la voluntad general de *quién* es representada por intermedio de ese derecho de *common law* que es invocado para justificar la decisión particular? Lo cierto es que *Lord* Buckmaster procede intentando establecer analogías lo suficientemente cercanas entre el caso presente y otros casos previos de daños que presentan semejanzas, sin que ninguno de ellos, en su concepto, resulte realmente comparable al caso de la señora Donoghue. Además, y esto debe enfatizarse también, su decisión en definitiva se sustenta sobre consideraciones ajenas al caso concreto: el argumento central consiste en afirmar que la imposición de una responsabilidad como la pretendida por Donoghue entrañaría para los fabricantes de productos un riesgo y un costo que no estarían en condiciones de manejar adecuadamente. Al decidir de este modo, el juez está pensando no solo en consideraciones retrospectivas sobre el caso concreto sometido a su conocimiento, sino, principalmente, en consideraciones *prospectivas* y generales sobre el posible impacto futuro de su decisión sobre el mercado relevante, o sobre los fabricantes de productos en general. En este estilo decisorio prospectivo, los litigantes son en cierto sentido tratados como “representantes” de la sociedad, que con su caso llaman la atención de la *House of Lords* sobre la necesidad de regular una materia que está resultando conflictiva o poco clara. En esta perspectiva, Donoghue llama la atención de la *House of Lords* acerca de la conveniencia o necesidad de establecer o reconocer una regla de derecho ahí donde actualmente no hay ninguna o la regla aplicable es poco clara, y *Lord* Buckmaster declina innovar en este sentido, por estimar que tal regla sería indeseable desde una perspectiva de política pública.

Enseguida, consigna su opinión *Lord* Atkin. Él comienza su intervención señalando que la pregunta que se somete a la consideración de los jueces por parte de Donoghue es de la mayor importancia por su impacto sobre la salud pública y por poner a prueba el sistema de derecho bajo el cual surge

el caso: nuevamente, consideraciones generales de política pública están al centro del proceso decisorio⁶².

Lord Atkin hace notar que los precedentes existentes dan cuenta de un importante esfuerzo taxonómico por parte de los jueces en la distinción y clasificación de diversos tipos de relaciones jurídicamente relevantes que dan lugar a obligaciones entre partes, pero que se echa en falta la identificación de un común denominador a todos aquellos casos en que se reconoce un deber de reparación⁶³. Y, reconociendo –en verdad proponiendo– la existencia de tal denominador común, ofrece su célebre consideración sobre el deber de amar al prójimo, reformulado como “no dañarás a tu prójimo”; base marcadamente bíblica sobre la cual enuncia un principio de responsabilidad general hacia terceros –prójimos– por los daños causados, terceros que, por su proximidad o vinculación con la conducta o producto en cuestión, debieron ser tomados en consideración por el agente del daño antes de desplegar su conducta dañosa o incurrir en su omisión:

“The liability for negligence whether you style it such or treat it as in other systems as a species of ‘culpa,’ is no doubt based upon a general public sentiment of moral wrongdoing for which the offender must pay. But acts or omissions which any moral code would censure cannot in a practical world be treated so as to give a right to every person injured by them to demand relief. In this way rules of law arise which limit the range of complainants and the extent of their remedy. The rule that you are to love your neighbour becomes in law you must not injure your neighbour; and the lawyer’s question ‘Who

⁶² “The question is whether the manufacturer of an article of drink sold by him to a distributor in circumstances which prevent the distributor or the ultimate purchaser or consumer from discovering by inspection any defect is under any legal duty to the ultimate purchaser or consumer to take reasonable care that the article is free from defect likely to cause injury to health. I do not think a more important problem has occupied your Lordships in your judicial capacity: important both because of its bearing on public health and because of the practical test which it applies to the system of law under which it arises”.

⁶³ “[...] the courts have been engaged upon an elaborate classification of duties as they exist in respect of property whether real or personal with further divisions as to ownership, occupation or control, and distinctions based on the particular relations of the one side or the other whether manufacturer salesman or landlord, customer, tenant, stranger and so on. In this way it can be ascertained at any time whether the law recognises a duty, but only where the case can be referred to some particular species which has been examined and classified. And yet the duty which is common to all the cases where liability is established must logically be based upon some element common to the cases where it is found to exist”.

is my neighbour?’ receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who then in law is my neighbour? The answer seems to be persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question”.

En suma, contra la opinión de *Lord* Buckmaster, *Lord* Atkin opinó que sí existían suficientes precedentes en apoyo de la idea de un deber general de cuidado de los fabricantes por los defectos de sus productos, realizando un detallado análisis de varios casos de responsabilidad, a partir de los cuales entiende que el *common law* reconoce protección a todos aquellos que, en conexión o proximidad con el fabricante, resultan dañados por su acción u omisión negligente. Ahí tendríamos la *ratio decidendi* del caso, entendida ella, siguiendo a WHITAKER, como “la proposición o proposiciones de Derecho necesarias para disponer del caso conforme a los hechos”⁶⁴; vale decir, esta *ratio* enunciada en la sentencia permite resolver retrospectivamente el caso individual, al mismo tiempo que se afirma prospectivamente como criterio decisorio para este tipo de casos en el futuro.

Que *Lord* Atkin haya encontrado suficientes precedentes ahí donde *Lord* Buckmaster no encontró ninguno, pone en evidencia algo más o menos obvio, pero que resulta útil explicitar aquí: que haya precedentes aplicables a un caso dependerá en buena medida de cómo se miren los casos previos. Las analogías con casos previos pueden construirse con resultados disímiles, puramente funcionales a la posición previa que se ha decidido adoptar y variados sesgos de selección de casos pueden entrar en juego aquí. En otros términos, si *Lord* Atkin era partidario de un sistema más protector de los consumidores, existían suficientes precedentes para fundar su decisión, tal como lo hizo. Por otra parte, la mayoría de las veces no existe tal cosa como “dos casos iguales” –idea sobre la cual discurre nuestra doctrina favorable a una reforma de precedentes–, sino solamente casos *parecidos* en algunos aspectos relevantes, y en otros no, que pueden ser usados tanto para distinguir como para asimilarse al caso actual. Adicionalmente, cabe notar que las consideraciones consecuencialistas o de política pública de *Lord* Buckmaster (los costos sociales de una regla de responsabilidad como la que pretende

⁶⁴ Citado en ROMERO SEGUÉL (2013), pp. 143-44.

Donoghue) fueron enfrentadas con otras consideraciones de política pública vertidas por *Lord Atkin* (la protección de la salud pública como una cuestión que debe ser asumida en el proceso productivo y en las reglas de responsabilidad aplicables). Esto viene a poner de relieve una segunda cuestión que debiera resultar más o menos obvia: existen aquí a lo menos dos criterios decisorios plausibles y razonablemente fundados (*Buckmaster* y *Atkin*) que, poniendo en el centro de su preocupación el bien común, arriban a resultados perfectamente opuestos bajo un mismo catálogo de precedentes. No había un grupo de precedentes “correctos” y otro de precedentes “equivocados” –idea sobre la cual discurren los diseños de recursos para uniformar jurisprudencia–, sino dos criterios decisorios que bien pueden responder a valoraciones y a épocas diversas, o a lecturas políticas disímiles acerca de qué es lo que exigen los arreglos constitucionales vigentes o cómo deben ponderarse y resolverse a su alero las contradicciones entre intereses públicos divergentes. Lo que nos lleva a un tercer aspecto que conviene explicitar pese a su obviedad: ¿cómo se resuelve aquí la contradicción entre intereses públicos divergentes, para definir qué es lo que será “derecho” (o, en este caso, la política pública a seguirse hacia el futuro)? Pues no al interior de un congreso o parlamento representativo mediante debate y votación, sino al interior de una cúpula no representativa de *Lords* jueces y por recurso a las decisiones previas adoptadas por otros jueces en el pasado. Vale decir, no es la voluntad soberana expresada en su forma paradigmática la que impone la solución, sino unos miembros de la *House of Lords* mediante una sentencia.

Antes de 1932, a la pregunta de si los fabricantes estaban obligados frente a los consumidores finales a virtud de algún deber de cuidado, la mayoría de los juristas ingleses o escoceses habría contestado negativamente. Sobre la base de invocar un cúmulo de precedentes en tal sentido, habrían explicado que podría configurarse un incumplimiento contractual para con su comprador directo o distribuidor, pero no ante un consumidor final con el cual no contrató. A partir de *Donoghue v. Stevenson*, ahora existía tal deber. De hecho, ocurre que el mismo abogado de este caso, previamente representó otro caso prácticamente idéntico, que fue desestimado justamente sobre la base de que el *common law* no reconocía tal deber que ahora se reconocía. Vale decir, dos sentencias perfectamente contradictorias sobre la misma materia, donde además la nueva sentencia contraviene el consenso jurídico compartido (aunque con buenas razones). Repárese en lo que ello significa, para quienes ven en el sistema de precedentes del *common law* un remedio

a la existencia de sentencias contradictorias. El *common law* es fecundo en decisiones divergentes y, fuera de la escasa posibilidad de ser uno de los 60 a 90 casos anuales que se admiten a tramitación ante la *House of Lords*, no existen remedios represivos contra el juez que se aparta del precedente ni remedios correctivos específicos para controlar la divergencia jurisprudencial; el sistema convive con ella. La operatoria del *common law* supone distinción, desarrollo y contradicción para evitar su estancamiento. Y como vimos, los jueces no están realmente constreñidos a seguir los precedentes más que por el reproche social que no hacerlo acarrea, reproche que es bajo a inexistente cuando dicho proceder es razonablemente justificado por el juez como una distinción necesaria en función de alguna característica del caso particular, por ejemplo.

La decisión en *Donoghue v. Stevenson* marcó el inicio del nuevo Derecho de Daños por productos defectuosos, innovando en varios sentidos hacia el futuro, y creando una regla —un criterio decisorio— retrospectiva para resolver el caso individual sometido a su conocimiento. Primero, la *House of Lords* estableció que la “negligencia” con resultado dañoso constituye, en sí misma, un ilícito accionable bajo el *common law*. Con anterioridad a esta decisión, el demandante debía demostrar la existencia de algún vínculo contractual, el cual, como Donoghue no había comprado la botella, era inexistente aquí. Segundo, la *House of Lords* estableció que los fabricantes están sujetos a un deber de cuidado hacia los consumidores finales o usuarios de sus productos. Las modernas reglas legisladas y codificadas de Derecho del Consumo en el Reino Unido tienen su base en este precedente y sus principios generales existieron primeramente como derecho de *common law* cristalizado en este precedente, antes de regularse por el Parlamento. Y tercero, la *House of Lords* extendió el ámbito de la responsabilidad más allá del fabricante y su consumidor directo (quien adquirió el producto), en base a lo que denominó el “principio del vecino”. En términos de Lord Atkin, “se debe tener un cuidado razonable para evitar actos u omisiones que uno razonablemente pueda prever que pudieran dañar a mi vecino. Pero, ¿quién es, en derecho, mi vecino? La respuesta parece ser: todas aquellas personas que resultan tan cercanas y directamente afectadas por mi acción, que debí tenerlas en consideración al momento de evaluar mis actos u omisiones”⁶⁵. Lo que no debe perderse de vista por nosotros es que este es un acto explí-

⁶⁵ Lord Atkin en *Donoghue v. Stevenson*. Traducción libre.

cito de innovación en el derecho aplicable, y el derecho aplicable que no estaba contenido en ninguna declaración formal de la voluntad soberana representada por un parlamento, sino que se extrapolaba a partir de la solución entregada en diversos casos individuales en el pasado, que presentaban analogías relevantes con el caso actual.

3. *La huida del precedente*

Hoy en día, la *Supreme Court* del Reino Unido, sucesora de la rama judicial de la *House of Lords*, sigue conociendo de un número similar de casos cada año (aproximadamente 80-90 casos con sentencia de fondo)⁶⁶, ejerciendo la misma competencia de su predecesora y decidiendo por sí misma de qué casos conocerá. La *Supreme Court* ha promulgado algunas directrices generales, que recogen los criterios jurisprudenciales en su momento asentados por la *House of Lords* para explicar cuándo y cómo acogería a tramitación un caso, otorgando el *leave to appeal*⁶⁷. Algunos de estos criterios son: i) que el solicitante pide a la Corte que se aparte de sus propios precedentes o de aquellos dictados en su momento por la *House of Lords*; ii) que se pretenda una declaración de incompatibilidad con la *Human Rights Act 1998*, o iii) que se plantee una cuestión prejudicial a resolverse por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otros⁶⁸. Pero, como explica NIEVA comentado estos mismos criterios, “nada de ello es más que una directriz, y ni siquiera es la única que cabe encontrar entre la documentación admonitiva hecha pública por el propio tribunal”⁶⁹. Y es que, la verdad sea dicha, esos criterios generales no solo no son taxativos ni mínimamente precisos, sino que consagran la discrecionalidad de la *Supreme Court* para entrar a conocer de un caso, cuestión que probablemente no puede sino ser así tratándose de evaluar la oportunidad política de un pronunciamiento que tendrá efectos

⁶⁶ Entre enero y el 7 de noviembre de este año 2018, la *Supreme Court* había dictado sentencia de fondo en 61 casos. Disponible en <<https://www.supremecourt.uk/decided-cases/index.html>>.

⁶⁷ Disponibles en <<https://www.supremecourt.uk/>>.

⁶⁸ Véanse las *Practice Directions* respecto al *leave to appeal*, regla 3.1.3., disponible en <<https://www.supremecourt.uk/procedures/practice-direction-03.html>>.

⁶⁹ NIEVA FENOLL, Jordi (2016): “El modelo anglosajón en las cortes supremas: ¿solución o elusión del problema de la casación?”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons), p. 419.

normativos generales. Aunque, en rigor, no tiene un deber de hacerlo, la *Supreme Court* publica un listado de las solicitudes de *leave to appeal* rechazadas, explicando brevemente el motivo de su inadmisión⁷⁰. Cuestiones que involucran un interés público preponderante, que son capaces de afectar a un gran número de ciudadanos o que tienen una fuerte carga política, como el caso del “Brexit”⁷¹, son también susceptibles de provocar la actividad de la *Supreme Court*. Las decisiones de fondo son publicadas en el sitio web de la *Supreme Court* en su texto íntegro, junto con un resumen ejecutivo para la prensa y la opinión pública general⁷², y su publicación viene precedida de avisos del día y hora en que se dará a conocer cada fallo.

La *House of Lords* entonces, y su sucesora, la hoy *Supreme Court* del Reino Unido⁷³, son, en lo que al derecho de *common law* respecta, entidades híbridas con una función normativa preponderante en materia de *common law*, que se valen de la denuncia efectuada por los particulares para analizar si resulta conveniente innovar –regular– en una materia que está resultando conflictiva, según indican los litigantes. Como acto regulatorio que es, la conveniencia u oportunidad de dictar nuevas normas queda librada al propio órgano, lo que permite entender la existencia de un mal llamado “filtro de acceso” mediante el cual hoy la *Supreme Court* decide qué casos conocerá. No se trata, pues, de un filtro de admisibilidad de un recurso, sino de la determinación discrecional de la necesidad de modificar el derecho aplicable, aclararlo o dictar nuevas normas al respecto, en una parcela del

⁷⁰ Disponible en <<https://www.supremecourt.uk/news/permission-to-appeal.html>>.

⁷¹ El caso es “*R (on the application of Miller and another) (Respondents) v. Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*” y se encuentra disponible en <<https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2016-0196.html>>.

⁷² Disponible en <<https://www.supremecourt.uk/decided-cases/index.html>>.

⁷³ Para una visión general de la reforma que introdujo la nueva *Supreme Court* y las principales características de esta, véase: ANDREWS, Neil (2016): “El Tribunal Supremo del Reino Unido y las sentencias de los tribunales ingleses”, en *La misión de los tribunales supremos*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons), pp. 253-66; ARNOLD, William (2010): “The Supreme Court of the United Kingdom: ‘something old’ and ‘something new’”, en *Commonwealth Law Bulletin* 36:3, pp. 443-51; Di Mambro, Louise (2010): “The Supreme Court of the United Kingdom: jurisdiction and procedure”, en *Commonwealth Law Bulletin* 36:3, pp. 453-60; IP, Eric C. (2013): “The institutional foundations of Supreme Court power in Britain’s representative democracy”, en *Representation* 49:3, pp. 281-93; LE SUEUR, Andrew (ed.), (2004): *Building the UK’s New Supreme Court. National and Comparative Perspectives* (Oxford University Press).

ordenamiento jurídico que, como decía *Lord* Buckmaster, es “administrada” por los jueces. La circunstancia de tratarse de un proceso de generación y modificación de derecho explica que, conforme a las reglas procesales de la propia *Supreme Court*, cualquier entidad o autoridad gubernamental puede realizar presentaciones en el interés público, así como pueden intervenir en el proceso entidades no gubernamentales con el mismo propósito y, en general, cualquier persona que tenga un interés en la solución del caso⁷⁴.

Con todo, los casos de que conoce la *Supreme Court* se refieren, cada vez con mayor frecuencia, a la interpretación y aplicación de leyes dictadas por el Parlamento, que la *Supreme Court* no puede derogar pero sí controlar en su aplicación, y no a materias reguladas en el derecho de *common law*, cada vez más reducidas frente al avance decidido de la legislación codificada y sistematizada inglesa. El Reino Unido, de un tiempo a esta parte, viene desplegando importantes esfuerzos para reformar, armonizar, sistematizar y codificar su Derecho Civil, Penal y diversas regulaciones especiales⁷⁵, principalmente por intermedio de la *Law Commission*, que viene trabajando desde 1965 para tal efecto⁷⁶, de modo tal que el derecho legislado y codificado cada día cobra mayor importancia frente al derecho de origen judicial, tal como lo evidencia el propio Derecho del Consumidor, del cual *Donoghue v. Stevenson*, analizado aquí, fue precursor y ejemplo. Esto constituye un verdadero proceso de huida del precedente, aunque pocos juristas ingleses vayan a denominarlo de ese modo, para poner en el centro del diseño institucional el producto paradigmático del debate democrático representativo: la legislación.

Como precursor remoto de este proceso, quizá, conviene recordar nuevamente a BENTHAM, quien esgrimió una fuerte crítica al modelo inglés de creación de derecho de *common law* por jueces –sistema y cultura judicial a la cual perteneció y conoció en profundidad– y elaboró numerosos proyectos de códigos que ofreció a diversos Estados, redactando a lo menos tres obras precisando su concepto y argumentos en favor de la codificación y legislación por sobre el derecho de *common law*, al que juzgaba un sistema de derecho premoderno; tanto así, que “convencido de la superioridad de

⁷⁴ Regla 26, disponible en <https://www.supremecourt.uk/docs/uksc_rules_2009.pdf>.

⁷⁵ CROSS y HARRIS (1991), p. 230.

⁷⁶ Disponible en <<https://www.lawcom.gov.uk/>>.

la ley, Bentham [militó] por la adopción de un código universal e integral, el Pannomion, redactado en un lenguaje accesible para todos, de una completitud tan absoluta que no [diera] espacio alguno a la interpretación⁷⁷.

La crítica de BENTHAM ha sido rescatada más recientemente, y entre nosotros, por ATRIA⁷⁸. En su cuenta, el positivismo jurídico del cual BENTHAM fue un notorio exponente era, en su momento, esencialmente una respuesta a un sistema jurídico premoderno como el derecho de *common law*, cuya mistificación del derecho –que existía en un plano ideal, era dado por alguna razón abstracta y debía ser “extraído” por los jueces– lo blindaba a la crítica. Con el reconocimiento de que el derecho de *common law* no era más que el producto de la voluntad de algunos jueces, venía la consciencia de que los males y abusos del derecho de *common law* podían ser rectificadas mediante una voluntad política en tal sentido: “[...] sólo si el derecho era entendido como una declaración de voluntad sería posible discutir racionalmente sobre su reforma⁷⁹, por intermedio de una legislación que, a diferencia de ese derecho de creación judicial, estuviera sujeto a una deliberación previa y se estructurara en forma sistemática⁸⁰. Por sobre todo, destaca ATRIA, en el centro de ese positivismo jurídico se encontraba la preocupación por promover un *ethos* que tuviera en su base el respeto por la autoridad de la legislación *en tanto derecho legislado* y, por ende, a la posición institucional del legislador⁸¹. De ese modo, las ideas de BENTHAM y el positivismo jurídico rectamente entendido, constituyeron un intento por articular una concepción moderna del derecho, que superara el sistema premoderno del *common law*, y esa concepción moderna del derecho tenía en su centro a la ley como producto de órganos legislativos deliberativos y cuya máxima expresión era el derecho codificado, lo cual, a su turno, traía aparejada una concepción igualmente moderna de la función judicial, una que se construye en torno a la función de aplicación del derecho *reforzando* la autoridad de la ley –de la voluntad soberana– y la posición institucional del legislador. Por ello, ATRIA nos invita a rescatar esa tradición del positi-

⁷⁷ CABRILLAC, Rémy (2009): *Las codificaciones*, 1ª edición (Santiago, Flandes Indiano), p. 41.

⁷⁸ ATRIA LEMAITRE, Fernando (2016): *La forma del derecho*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons), 500 p.

⁷⁹ ATRIA LEMAITRE (2016), p. 65.

⁸⁰ ATRIA LEMAITRE (2016), pp. 104-11.

⁸¹ ATRIA LEMAITRE (2016), p. 66.

vismo jurídico rectamente entendido, en una forma que comprenda que la legislación constituye la expresión más consumada del Derecho moderno⁸².

Incluso por la sola consideración de que la posición del legislador y la ley es central a cualquier noción moderna de democracia representativa, y que con el declive de la centralidad del legislador en nuestras formas de organizar nuestra convivencia asistimos, quizá, a los últimos días de la democracia, convendría considerar seriamente dicha invitación.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN, NUEVAS PREGUNTAS

En Chile se ha reabierto un debate en torno a la idea de precedentes vinculantes como posible horizonte de reforma para nuestro sistema judicial, con un modesto pero creciente cuerpo de literatura local que defiende las ventajas de incorporar alguna modalidad de precedentes vinculantes en nuestros tribunales superiores de justicia. Las razones que motivan estas propuestas son más que atendibles: el sistema judicial chileno se encuentra en crisis, goza de escasa confianza y estima por parte de la ciudadanía⁸³ y, con frecuencia, no es capaz de arrojar directrices estables y consistentes acerca de tópicos fundamentales del Derecho chileno, con la incertidumbre y costos de diversa naturaleza que ello acarrea para la sociedad. Frente a un vértice judicial recargado de asuntos y que exhibe importantes grados de divergencia tanto entre sus propias sentencias como entre las propias y las de tribunales inferiores, todo lo cual genera condiciones reales o sentidas de incertidumbre, algunos autores nacionales han visto en un sistema de precedentes vinculantes, inspirado por el *common law*, la solución para estos males que aquejan a nuestra judicatura. Con alguna modalidad de precedentes vinculantes, dice el argumento, ganaríamos en una igualitaria aplicación de la ley, en certeza jurídica y, por ende, en legitimidad de las decisiones jurisdiccionales. Algunos agregan que reservar tal rol para la Corte Suprema le permitiría centrarse en los casos importantes, los grandes temas, el *ius constitutionis* o como quiera llamársele, relevando la importancia de dicho tribunal en nuestro sistema, con el beneficio agregado de que dedicarse a

⁸² ATRIA LEMAITRE (2016), pp. 220-40.

⁸³ Según la OCDE (2017), el sistema judicial chileno goza de la peor evaluación de todos los servicios públicos chilenos. OECD, *Government at a Glance 2017*, disponible en <https://www.oecd-ilibrary.org/content/publication/gov_glance-2017-en>.

menos casos –algunos sugieren algún tipo de filtro discrecional de acceso, a la *certiorari* o *leave to appeal*– traería aparejado mejores sentencias y una mejor protección de ese *ius constitutionis*, único al que la Corte debiera brindar atención. Y todavía otros –pocos– afirman que con una reforma de este estilo corregiríamos un error histórico, porque la libertad de interpretación que por tanto tiempo hemos reconocido a nuestros jueces como parte de nuestra noción de independencia judicial, y que permite esa divergencia jurisprudencial tan deplorada, es en realidad contradictoria con la garantía fundamental de igualdad ante la ley, pues dos casos iguales deben fallarse en forma igual.

En este ensayo, que sin duda deja muchas preguntas sin responder, he intentado mostrar que la literatura nacional revisada apunta correctamente al problema, pero da un paso en falso cuando, enseguida, asume que los precedentes puedan ser el remedio para esta situación. Este ensayo sugiere que un sistema de precedentes vinculantes de inspiración de *common law* no es capaz de ofrecer aquello que los autores revisados y muchos otros buscan en él y esto se debe, en parte, a una comprensión distorsionada de la función y operatoria del sistema de precedentes del *common law*. En dicho sistema, los precedentes “vinculantes” no son realmente vinculantes en ningún sentido funcional o útil a nuestra tradición jurídica: el juez puede apartarse en cualquier momento y bajo cualquier argumento relativamente razonable de los precedentes, y no existe ni una consecuencia disciplinaria para el juez, ni un recurso para atacar la sentencia, cuando se ha verificado un apartamiento del precedente. El sistema de *common law* precisamente convive con la divergencia jurisprudencial constante, solo que ella se mira como el producto natural y sano del diálogo entre jueces por intermedio de sus sentencias⁸⁴, así como una característica del sistema que ha permitido que el *common law* haya podido ir ajustándose, en la medida que la propia naturaleza del sistema lo permite, tanto a las infinitas particularidades que pueden presentar los casos individuales como a los avances de la modernidad. Lejos de lo que se piensa, el derecho de *common law* es tremendamente sensible a las particularidades del caso individual y estas cobran capital importancia al definir si tal o cual precedente es relevante al caso actual, tal como lo mostró el debate con resultados opuestos entre *Lord Buckmaster* y *Lord*

⁸⁴ La función de posibilitar el diálogo judicial es rescatada por PÉREZ RAGONE y PESSOA PEREIRA (2015), *supra* nota 13.

Atkin, sobre la base de un mismo conjunto de precedentes potencialmente aplicables al caso en *Donoghue v. Stevenson*. No es la diferencia en los criterios judiciales para resolver un caso o la distinta decisión de los mismos lo que repele a la cultura del *common law*, sino la diferencia *arbitraria* y/o que no logra justificarse y por ende legitimarse suficientemente ante la comunidad. Notablemente, preguntados los jueces chilenos al respecto, precisamente apuntan a que las sentencias emanadas del vértice judicial *no convencen*⁸⁵, como una de las razones explicativas de la divergencia jurisprudencial que exhiben nuestros tribunales. Y, notable y paradójicamente también, mientras nosotros miramos al sistema de precedentes del *common law* para buscar soluciones a nuestros males, el Reino Unido se encuentra precisamente en un proceso de huida del sistema de precedentes de *common law*, en pos de la legislación, deliberativa, sistemática y codificada, como técnica para reglar la convivencia en común y expresión más consumada del derecho moderno, desplazando poco a poco al derecho de *common law*⁸⁶.

Antes he dicho que la literatura nacional revisada apunta correctamente al problema, pero da un paso en falso cuando, enseguida, asume que un sistema de precedentes vinculantes pueda ser el remedio para dicho problema. Pero, ¿cuál era ese problema? Pues, en palabras de NIEVA, lisa y llanamente “el problema central de la casación de todas las épocas: la sobrecarga de asuntos”⁸⁷. En todos aquellos lugares en que existe un órgano jurisdiccional a nivel supremo, con funciones de tipo casacional y al cual, correlativamente, se accede bajo condiciones generales que, aunque estrictas, están en principio disponibles para todo litigante, dicho tribunal invariablemente se hace cargo de miles de casos cada año y padece de algún grado de sobrecarga de trabajo⁸⁸. Un tribunal que, con 21 ministros divididos en 4 salas, debe dictar miles de sentencias al año en las más diversas materias, es un tribunal que necesariamente presentará algún grado de sobrecarga de trabajo, que será incapaz de seguir constantemente su propia jurisprudencia en el tiempo sencillamente porque no tiene el tiempo o la capacidad humana para hacerlo en forma efectiva, que dictará sentencias con criterios contradictorios entre

⁸⁵ COUSO y MERA (2011), p. 204.

⁸⁶ Vid. *supra*, 3.

⁸⁷ NIEVA FENOLL (2016), p. 415.

⁸⁸ Ídem.

sí y que, en general, adolecerá de déficits argumentativos y de motivación en esas miles y miles de sentencias dictadas cada año. Y ahí, el problema entonces no es ni de la casación propiamente tal ni de su procedimiento de tramitación o que haya problemas de “vinculación” a las sentencias previas, por lo que cualquier reforma que apunte en esas específicas direcciones esperablemente estará destinada a fracasar en su cometido de uniformidad jurisprudencial y mejores sentencias; el problema es del diseño institucional mismo de la Corte Suprema como tal, y del sistema judicial en general, que siguiendo en el siglo XXI con un modelo del siglo XIX de unos pocos ministros en unas pocas salas a cargo de una pluralidad de materias, no puede sino generar sobrecarga, divergencia jurisprudencial, déficits de motivación y, correlativamente, pérdida de legitimidad de cara a la comunidad (y de cara a los propios jueces del sistema, como –reitero– mostraba un estudio⁸⁹). Agregar a este diseño alguna modalidad de *certiorari* o *leave to appeal* sería apagar el fuego con bencina: a todos los problemas anteriores, agregaríamos una denegación al derecho a la tutela judicial efectiva⁹⁰, en una forma tal que no sirve a la ciudadanía, sino únicamente al control del volumen de asuntos que ingresan a la Corte, agravando así la pérdida de legitimidad ante una ciudadanía que vería su acceso a la Corte vedado por decisiones puramente discrecionales y ajenas a la tutela de sus derechos y a la protección de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

El problema es estructural, es complejo y atañe al núcleo del diseño institucional de la Corte, pero no por ello es un problema insuperable. De hecho, es posible pergeñar un número de soluciones relativamente simples a un costo razonable que, aunque quizá conflictivas con la cultura judicial imperante, a la larga pueden significar tanto una mejor justicia para la ciudadanía, como una mejor experiencia profesional para jueces y la comunidad jurídica. Enuncio brevemente algunas a continuación, para interrogación, escrutinio, mejora o refutación.

1. Primero, no tiene mucho sentido que si optamos por contar con salas especializadas, los integrantes de esas salas se estén rotando cada pocos años o, peor aún, se estén formando salas con integración *ad hoc* para tener los votos suficientes para resolver determinados casos en una forma funcional a la posición de la Corte o de uno de sus ministros sobre una determinada

⁸⁹ *Supra* nota 85.

⁹⁰ NIEVA FENOLL (2016), p. 416.

materia. Los ministros debieran gozar de una adscripción permanente en una sala especialista, en función de criterios objetivos y en función de aspectos formativos y profesionales acordes a dicha especialización.

2. Segundo, las salas debieran contar con personal de apoyo investigativo/documental suficiente que, para cada caso, pueda anticipadamente investigar las sentencias previas relevantes al caso, trazar los criterios previamente sustentados sobre un determinado asunto y recopilar la bibliografía pertinente para la sala, todo lo cual debe ser público para los litigantes (y la comunidad).

3. Tercero, si el punto anterior ha de servir de algo, cada sala debe necesariamente darse –y contar con– el tiempo suficiente para analizar estos antecedentes. Ninguna causa debiera fallarse “sobre tabla”, salvo hipótesis especiales o de casos repetitivos, descritos previamente en la regulación.

4. Cuarto, dos o más salas debieran poder sesionar en forma conjunta con todos sus ministros cuando el caso involucre asuntos transversales a dos o más de dichas salas o cuando el asunto pueda recibir o haya recibido en el pasado soluciones diversas dependiendo de la sala en la cual se conozca, y la Corte debiera sesionar efectivamente en pleno cuando se trate de asuntos “multimateria”, que resultan especialmente conflictivos en la jurisprudencia o que involucren una cuestión fundamental del ordenamiento jurídico chileno. Esta organización en salas ordinarias, mixtas y plenaria es, por lo demás, la solución empleada en la *Cour de Cassation* francesa⁹¹.

5. Quinto, como los mecanismos para sesionar en pleno hoy existen pero la Corte sencillamente se ha negado a usarlos en forma efectiva por la vía de introducir los más variados límites interpretativos a su procedencia⁹², y, además, considerando la conveniencia de racionalizar la operatoria de la Corte y maximizar la hora/juez, ni ella, ni sus salas, ni ningún tribunal

⁹¹ Véase un detalle de esta organización en, de mi autoría (2017): *El rol de la Corte Suprema*, 1ª edición (Santiago, DER Ediciones), pp. 114-15.

⁹² De hecho, recién en 2013 conoció de un recurso de casación en pleno a petición de parte (Rol N° 10665-2011). Y tan solo meses después, una sala de la misma Corte Suprema sostuvo el criterio exactamente opuesto, integrada por ministros disidentes de la decisión en pleno (Rol N° 3841-2012), probablemente con mejores razones –en mi opinión– que la postura que logró mayoría en el pleno. Como sea, estas escasas y aisladas instancias de utilización de esta potestad parecen no tener un efecto sustantivo sobre la operatoria de la Corte, ni la sentencia del pleno parece estar dotada de una mayor autoridad o mejor fundamentación que la sentencia de una de sus salas.

colegiado debiera poder determinar por sí, discrecionalmente, cuántos casos conocerá en un día dado o cuál será su propia carga de trabajo diario: debe abolirse el sistema de tablas de vista de causas, para establecerse una agenda de vista de causas con apoyo de administradores profesionales, que velen por cargas de trabajo razonables y que consideren todas estas necesidades de vistas en salas ordinarias, mixtas o en pleno.

Las cinco medidas enunciadas operan dentro del mismo diseño básico actual de la Corte Suprema, simplemente modificando levemente la operatoria de algunos de sus procesos internos. Pero probablemente ninguna de estas medidas por sí sola, o siquiera todas juntas, serán suficientes ante un volumen de casos de cinco cifras, si no se abordan los problemas estructurales que atañen al diseño institucional mismo. Como se dijo antes, estamos en el Chile del siglo XXI, operando con un modelo de Corte Suprema del siglo XIX cuyo antecedente, de cuño monárquico, puede trazarse directamente a tiempos pre-republicanos. Por una parte, dicho modelo de Corte sigue haciéndose cargo de una serie de asuntos no jurisdiccionales que inciden ya no solo en su carga de trabajo, sino en la misma forma de ser de la judicatura chilena, su *ethos* corporativo y su cultura judicial. Me refiero a las funciones de gobierno judicial, que por las razones que expuse en otra parte⁹³, debieran abolirse para rediseñarse profundamente y localizarse en un órgano diferenciado de gobierno judicial.

Por otro lado, la organización jerárquica-burocrática que culmina en 21 cargos judiciales cúspides de la carrera judicial no parece funcional a una operatoria que pueda procesar las demandas que se tienen respecto de la Corte. En este sentido, convendría explorar el aumento del número de jueces al interior de la Corte Suprema, de la mano con su posición profesional al interior de dicho órgano: podríamos contar con un número de salas especializadas en la forma descrita precedentemente, probablemente aumentando en una o dos salas adicionales, para lidiar con los casos complejos, y además contar con una sala de apoyo, integrada por varios jueces (10, 20, 30 jueces de apoyo), que se encargaría de todos los asuntos de resolución sencilla, casos repetitivos o masivos, que probablemente son la gran mayoría de los casos⁹⁴. Esta última sala podría estar vinculada a

⁹³ *El rol de la Corte Suprema*, *supra* nota 91.

⁹⁴ Una solución análoga plantea Nieva Fenoll, de quien tomo la idea. NIEVA FENOL (2016), pp. 420-22.

seguir los criterios decisorios enunciados por las salas especializadas en lo que sea pertinente, y las salas especializadas a su turno dedicarse a los casos complejos, con más horas y más estudio por caso. ¿Qué consideración o rango deben tener los magistrados de la sala de apoyo con respecto a los de las salas especializadas? Esto es un problema puramente político, pero no cuesta imaginar que la sala de apoyo sea un lugar formativo para luego pasar a salas especializadas si así se desea. Por otra parte, el problema —que en todo caso es puramente político— desaparecería del todo si el rango, grado o consideración profesional dejara de estar correlacionado con la posición al interior de un específico tribunal⁹⁵, lo que implica repensar la carrera judicial chilena.

Finalmente, la operatoria de la Corte Suprema no puede abordarse escindida de su relación con los demás poderes. Hoy en día, por ejemplo, su función de informar acerca de los problemas que se pesquisen en relación con la interpretación y aplicación de la ley probablemente no está cumpliendo ningún rol relevante. Si los criterios generales y estables son poco claros, no hace falta que la Corte Suprema uniforme a los tribunales en torno a una interpretación que a ella le parezca correcta; hace falta aclarar y complementar el criterio, esto es, mejorar la legislación. Difícil, qué duda cabe, incluso por la sola consideración de la dinámica propia de nuestro proceso legislativo, pero probablemente no hay soluciones fáciles a ninguno de estos problemas, y una reformulación de esta función podría colaborar en el proceso.

Medidas como las escuetamente enunciadas en este apartado final además preservan la centralidad de la legislación y el rol del legislador en una república democrática. El establecimiento de normas generales y criterios estables es el rol preponderante del legislador democráticamente electo. La regla de efecto relativo de la sentencia judicial, que en su origen fue una respuesta revolucionaria a la experiencia francesa del desborde de sus potestades por los *parlements*, es el necesario complemento de un régimen que tiene en su centro a la voluntad soberana, manifestada en la ley: solo el legislador dicta normas generales, y solo al legislador están vinculados los jueces. El juez debe dispensar tutela de derechos a las personas en función

⁹⁵ Algo adelanté sobre este punto en (2018): “Reforma al gobierno judicial: elementos de análisis”, en *Reformas necesarias a la justicia chilena*, 1ª edición, tomo II (Santiago, Librotecnia), pp. 953-54.

de ese derecho legislado, codificado y sistematizado que, como recordara ATRIA trazando el legado intelectual de BENTHAM, constituye la expresión más consumada del Derecho moderno⁹⁶. Tanto la atomización de ese rol normativo para dispersarlo en diversas entidades híbridas como su decaimiento en pos de normas originadas en órganos no representativos –como puede serlo un precedente vinculante en el *common law*– entrañan una erosión del principio democrático y un riesgo real para nuestra democracia en tiempos complejos de retorno del fascismo y otros peligros para la democracia. Las medidas enunciadas colaboran a una mejor aplicación de la ley y en una forma que responde a las críticas más comunes, como la lentitud del sistema, el escaso poder de convicción de varias sentencias de los tribunales superiores y su desconexión con el medio en que se insertan. En cualquier caso, que sustituyamos las miles de sentencias anuales de la Corte Suprema por unas pocas sentencias vinculantes en nada hará mejorar la crisis en que está sumida dicha Corte y el Poder Judicial; si algo, más probablemente agravará la crisis de legitimidad, ahora cerrándosele la puerta a los litigantes que, antes, accedían a la Corte Suprema bajo condiciones generales conocidas, quedando además de lado vastos ámbitos del Derecho nacional y miles de casos por la circunstancia de no superar el hipotético *certiorari* a la chilena, y erosionará más todavía el rol del legislador. En suma, una reforma de precedentes como la propuesta por varios autores chilenos falla en hacerse cargo del rol institucional que cabe a la Corte Suprema en su contexto político y cómo el establecimiento de precedentes vinculantes como nuevo rol de la Corte impactaría adversamente en la capacidad de la dicha Corte y del sistema judicial todo de erigirse en un contrapeso institucional efectivo contra el poder bruto y la arbitrariedad, y cómo impactaría adversamente en el rol preponderante que debe tener el legislador en una república democrática de derecho, socavando el principio democrático. El norte debe estar en cómo promover diseños institucionales capaces de ayudar a precaver nuevas crisis institucionales en Chile, cómo establecer frenos institucionales efectivos contra el poder arbitrario, cómo fortalecer nuestra democracia y cómo mejorar los estándares de protección de derechos para la ciudadanía.

⁹⁶ ATRIA LEMAITRE (2016), pp. 220-40.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela (2002): “El precedente judicial en la cultura jurídica chilena”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Sobre la cultura jurídica chilena.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2017): “La creación del derecho, el rol del juez y el diálogo entre jueces”, en *Poder Judicial. Reforma constitucional y derechos fundamentales*, 1ª edición (Santiago, Librotecnia).
- ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda (2016): “¿Deben los jueces crear derecho?”, en *La misión de los tribunales supremos*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons).
- ANDREWS, Neil (2016): “El Tribunal Supremo del Reino Unido y las sentencias de los tribunales ingleses”, en *La misión de los tribunales supremos*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons). ARNOLD, William (2010): “The Supreme Court of the United Kingdom: ‘something old’ and ‘something new’”, en *Commonwealth Law Bulletin* 36:3.
- ATRIA LEMAITRE, Fernando (2016): *La forma del derecho*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons).
- BARAHONA GALLARDO, Claudio (2017): “Para una historia del precedente judicial en Chile: la recepción del artículo 3º del Código Civil en la doctrina del siglo XIX”, en *Revista Jurídica Digital Uandes* (Santiago), 1, N° 2.
- BARAK, Aharon (ed.) (2006): “The Development of the Common Law”, en *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press. Disponible en <<http://www.jstor.org/stable/j.ctt7szb4.9>>.
- BECERRA POBLETE, Pablo Andrés (2017). *El Rol de la Corte Suprema*, 1ª edición (Santiago, DER Ediciones).
- (2018): “Reforma al gobierno judicial: elementos de análisis”, en *Reformas necesarias a la justicia chilena*, 1ª edición, tomo II (Santiago, Librotecnia).
- BRAVO HURTADO, Pablo (2013): “Hacia los precedentes en Chile: reforma procesal civil y fuentes del derecho”, en *Revista Chilena de Derecho* 40, N° 2.
- (2014): “Precedente vinculante versus independencia judicial en Chile”, en *El Mercurio Legal (online)*, 24 de julio de 2014, sec. Opinión. Disponible en <<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=903183&Path=/0D/C8/>>.

- (2011): “Unificación de jurisprudencia y recurso extraordinario en el proyecto de ley que establece un nuevo Código Procesal Civil”. Tesis, Universidad de Chile. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/111853/de-Bravo_pablo.pdf?sequence=1>.
- BRENNER, Saul, y SPAETH, Harold J. (1995): *Stare Indecisis: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*, 1ª (reimp.) (Cambridge, Cambridge University Press).
- BUCKLAND, W. W., y McNAIR, Arnold D. (2008): *Roman law and Common law*, 2ª (reimp) (Cambridge, Cambridge University Press). CANE, Peter (2011): *Anatomía del Derecho de Daños*. Traducido por Pablo Becerra Poblete y Daniel Carvallo Montes. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Colección “Derecho Anglosajón Contemporáneo” (Santiago, Flandes Indiano).
- COUSO, Jaime, y MERA, Jorge (2011): *Precedentes y justicia penal*, 1ª edición (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- CROSS, Frank B. (2007): “Identifying the Virtues of the Common Law”, en *Supreme Court Economic Review* 15, N° 1. Disponible en <<https://doi.org/10.1086/656027>>.
- CROSS, Rupert, y HARRIS, J. W. (1991): *Precedent in English Law*, 4ª edición, Clarendon Law Series (Reino Unido, Clarendon Press).
- DELGADO CASTRO, Jordi (2010): “El Certiorari: Un agente extraño en Manos de nuestra Corte Suprema”, en *Actualidad Jurídica* 22 (julio de 2010).
- DELGADO CASTRO, Jordi, e Iván DÍAZ GARCÍA (2011): “La Unificación de Jurisprudencia Pretendida por el Recurso Extraordinario: ventajas y problemas”, en *Revista de Derecho* 2 (Universidad Católica del Norte).
- DÍAZ GARCÍA, Luis Iván (2015): “Diez razones para incorporar el seguimiento del precedente en Chile”. *Revista de Derecho* 22, N° 2 (Universidad Católica del Norte).
- DICKSON, Brice (2013): *Human rights and the United Kingdom Supreme Court*, 1ª edición (Oxford, Oxford University Press).
- DI MAMBRO, Louise (2010): “The Supreme Court of the United Kingdom: jurisdiction and procedure”, en *Commonwealth Law Bulletin* 36:3. DUBXBURY, Neil (2008): *The Nature and Authority of Precedent*, 1ª edición (Cambridge, Cambridge University Press).

- EDLIN, Douglas E. (ed.) (2007): *Common law theory*, 1ª edición (Cambridge, Cambridge University Press).
- FARIAS SOTO, Javiera (2016): “La fuerza obligatoria de las sentencias judiciales para el Código Civil chileno”, en *Revista de Derecho, Universidad de Aconcagua* 2.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Vicente (2016): “La justicia de los precedentes. ¿Invasión a la independencia y autonomía del juzgador?”, en *Revista de Derecho* XXIX, N° 2.
- GARVEY ALGERO, Mary (s.f.): “The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation”. *Louisiana Law Review* 65, N° 2.
- GENNAIOLI, Nicola, y SHLEIFER, Andrei (2007): “The Evolution of Common Law”, en *Journal of Political Economy* 115, N° 1. Disponible en <<https://doi.org/10.1086/511996>>.
- GERHARDT, Michael J. (2008): *The power of Precedent*, 1ª edición (Oxford, Oxford University Press). HART, H.L.A. (1994): *The concept of law*, 2ª edición (Oxford, Clarendon Press).
- INGMAN, Terence (2008): *The English Legal Process*, 12ª edición (Oxford, Oxford University Press).
- IP, Eric C. (2013): “The institutional foundations of Supreme Court power in Britain’s representative democracy”, en *Representation* 49:3.
- KEENAN, Denis (1989): *English Law*, 9ª edición (Londres, Pitman).
- LEGARRE, Santiago, y RIVERA, Julio César (2006): “Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’”, en *Revista Chilena de Derecho* 33.
- LE SUEUR, Andrew (2008): “A Report on Six Seminars About the UK Supreme Court”. Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper. Disponible en <<https://ssrn.com/abstract=1324749>>.
- LUNDMARK, Thomas (2012): *Charting the divide between common and civil law*, 1ª edición (New York, Oxford University Press).
- MALLESON, Kate (2011): “The Evolving Role of the UK Supreme Court”, en *Public Law* 4.
- MASTERMAN, Roger (2011): *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution. Judicial competence and Independence in the United Kingdom*, 1ª edición (Cambridge, Cambridge University Press).

- MATURANA MIQUEL, Cristián (2016): “El rol de una Corte Suprema”, en *Revista de Estudios Judiciales* N° 2-3 (Instituto de Estudios Judiciales Hernán Correa de la Cerda). Thomson Reuters-La Ley.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2016): “El modelo anglosajón en las cortes supremas: ¿solución o elusión del problema de la casación?”, en *La Ciencia Jurisdiccional: novedad y tradición*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons).
- 2016: “¿Un juez supremo o un legislador ‘supremo?’”, en *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons).
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (2016): “Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 39.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro (2016): “El complejo de Sísifo y la Corte Suprema chilena”, en *La misión de los tribunales supremos*, 1ª edición (Madrid, Marcial Pons).
- PÉREZ RAGONE, Álvaro, y PESSOA PEREIRA, Paula (2015): “Función de las cortes supremas de Brasil y Chile en la generación y gestión del precedente judicial entre lo público y lo privado”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Valparaíso), N° 44.
- PERRY, Stephen R. (1987): “Judicial Obligation, Precedent and the Common Law”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 7, N° 2. Disponible en <<https://jstor.org/stable/764304>>.
- READY, A. Raghunadha (2005): “Legal reforms through judicial law-making: a critical appraisal from roman law to common law”, en *Journal of the Indian Law Institute* 47, N° 4.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2013): *El recurso de casación en el fondo civil. Propuestas para la generación de precedentes judiciales*, 1ª edición (Santiago, LegalPublishing).
- SHAHABUDEEN, Mohamed (2007): *Precedent in the World Court*, 1ª (reimp.) (Cambridge, Cambridge University Press).
- SIERRA SOROCKINAS, David (2016): “El precedente: un concepto”, en *Revista Derecho del Estado*.
- TARUFFO, Michele, MARINONI, Luiz Guilherme, y MITIDIERO, Daniel (eds.) (2016): *La misión de los tribunales supremos. Proceso y derecho* (Madrid, Marcial Pons).

UZELAC, Alan (ed.) (2014): “Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems”, en *Ius Gentium: comparative perspectives on Law and Justice* N° 34 (Suiza: Springer).

WENDELL HOLMES Jr., Oliver (2009): *The Common Law*, 1ª edición (U.S.A., Harvard University Press).

BREVE ANÁLISIS DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA SOBRE EL ESTÁNDAR DE DUDA RAZONABLE EN EL DERECHO PROCESAL PENAL CHILENO

BRIEF ANALYSIS OF JURISPRUDENCE AND CASE LAW ABOUT REASONABLE DOUBT STANDARD IN CHILEAN CRIMINAL PROCESS LAW

GONZALO LOBOS FUICA*

RESUMEN: El presente trabajo consiste en una apretada síntesis sobre la génesis, historia, sentido y alcance del estándar de duda razonable, conforme a lo que la doctrina y la jurisprudencia han planteado durante la vigencia del nuevo sistema procesal penal en Chile desde el año dos mil. Se trata de un análisis desde la perspectiva del razonamiento probatorio y busca aclarar el contrapunto existente entre la interpretación “objetiva” de aquel estándar, propiciada por la doctrina, y la visión “subjetiva” que se ha dado históricamente en nuestros tribunales. También plantea el problema sistemático que presenta el voto disidente absolutorio de un juez del tribunal oral en lo penal dentro de la sentencia condenatoria y su impacto en la configuración de la duda razonable.

ABSTRACT: This work consist of a concise synthesis on the genesis, history, meaning and scope of the “reasonable doubt” standard, based on what the doctrine and jurisprudence have stated since the new Chilean criminal procedure system entered into force in 2000. The analysis is made from the perspective of the evidential legal reasoning and aims to clarify the existing counterpoint between the “objective” interpretation of the standard, as it is fostered by the doctrine, and the “subjective” standpoint historically hold by our courts. It also addresses the systematic problem that the dissenting absolving vote of a judge of an oral criminal court poses within the judgement and its impact on the configuration of the mentioned standard.

* Abogado, Universidad de Chile. Magíster en Derecho Procesal, Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Maestrando del Máster de Razonamiento Probatorio, Universitat de Girona (España). Profesor de Derecho Procesal y Destrezas de Litigación de la Universidad de Las Américas.

PALABRAS CLAVE: Duda razonable, proceso penal chileno, posturas jurisprudencial y doctrinaria.

KEYWORDS: Reasonable doubt, Chilean criminal process, case law an jurisprudential insights.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar, muy sucintamente, el sentido y alcance que la doctrina y jurisprudencia chilenas han otorgado a una institución proveniente del Derecho anglosajón y que jamás había formado parte del acervo jurídico de nuestro proceso penal: el estándar de convicción de duda razonable.

Sobre el punto, importante es recordar que la acogida de esta institución jurídica y muchas otras instituciones procesales penales dice relación con el cambio de paradigma que sufrió a principios de este siglo el proceso penal en Chile, el cual modificó completamente el sistema de enjuiciamiento criminal, pasando del antiguo “Código de Procedimiento Penal” al moderno “Código Procesal Penal” que “reemplazó el sistema inquisitivo, escrito, por uno de naturaleza acusatoria y oral; reemplazó el sistema de expedientes por uno de audiencias y la lógica de la reserva por un modelo dotado de altos niveles de publicidad”¹.

Fue así como, dentro de este giro copernicano en la forma de concebir y normar funcionalmente el Derecho Procesal Penal, se adoptaron ciertos principios como la oralidad, la publicidad o la adversarialidad que, pese a nunca haber existido en el contexto de la persecución penal en Chile, ciertamente sí existían y formaban parte de las regulaciones procesales penales del Derecho europeo continental.

Empero, en algún punto de la discusión normativa que prefiguraría el contenido de la regulación del nuevo código de enjuiciamiento criminal, se incorporó una idea que no tenía correlato en la tradición jurídica europeo-continental ni tampoco en Chile, sino que derivaba del *common law* anglosajón: la idea que el juez penal debía condenar al acusado solo si no existía una duda razonable que aconsejara su absolución.

¹ BLANCO SUÁREZ (dir.) (2011): *Código Procesal Penal sistematizado con jurisprudencia* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot-Legal Publishing Chile), p. V.

Este nuevo estándar de condena, completamente novedoso para nuestro Derecho desde todos los aspectos, ha generado un interesante análisis respecto de su verdadero sentido, contenido y alcance, tanto desde los operadores del sistema (jueces, fiscales y defensores) como de los estudiosos del Derecho, el que intentaré esbozar en las próximas páginas, junto a las conclusiones a las que arribaré luego del análisis propuesto.

II. GÉNESIS DE LA INCORPORACIÓN DEL ESTÁNDAR DE DUDA RAZONABLE EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO

Al analizar la historia de la generación del vigente Código Procesal Penal no consta una explicación clarificadora acerca de por qué surgió la posibilidad de considerar legalmente este estándar de condena, por cuanto la “duda razonable” no estaba entre los criterios que las comisiones de las cámaras manejaban como susceptibles de aplicar. En efecto, al observar los textos previos a la norma finalmente aprobada se puede verificar que el anteproyecto de ley planteaba que “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que los juzgue hubiere adquirido la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley” (norma correspondiente al artículo 456 bis del anterior Código de Procedimiento Penal chileno). Interesante es referir que la fórmula para formar la “convicción” judicial contemplada en la frase “el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral” tenía como soporte el artículo 261 del Código alemán. Estos preceptos fueron los aprobados por la cámara de diputados. Sin embargo, en la discusión en la Cámara Alta, los senadores generaron una nueva redacción en la que agregaron los siguientes elementos: 1º Que el tribunal que juzgare “*adquiriere la suficiente convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación* y que en él *hubiere* correspondido al acusado una participación”, y 2º Agregó un último inciso en el que señalaba: “No se podrá condenar a una persona con el sólo mérito de su propia declaración”².

² Carnevali y Castillo plantean que esta modificación de los senadores “...buscaba dejar claro que no era preciso una convicción absoluta o plena para condenar”. Véase CARNEVALI Y CASTILLO (2011): “El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 17 N° 2, año 2011, p. 92.

Frente a las diferencias entre ambas Cámaras, se discutió el contenido de la norma en comisión mixta, la que estableció la actual redacción del artículo 340 del Código Procesal Penal chileno de la siguiente manera:

“Artículo 340. *Convicción del tribunal*. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, *más allá de toda duda razonable*, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable penada por la ley. El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral. No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración” (el énfasis es mío).

Lo interesante de esta modificación está en la explicación, muy escueta, que planteó la comisión de legisladores para elegir este estándar no contemplado anteriormente en la discusión legislativa:

“La comisión mixta tuvo presente que el estándar de convicción ‘más allá de toda duda razonable’ es propio del derecho anglosajón, y no del europeo continental, por lo que resulta una novedad también para el ordenamiento jurídico chileno. Sin embargo es un concepto útil, toda vez que está suficientemente decantado y elimina las discusiones relativas al grado de convicción que se requiere, dejando en evidencia que no se trata de una convicción absoluta, sino que aquella que excluya las dudas más importantes”³.

Sin perjuicio de lo discutible de la afirmación acerca de que el estándar estaba “suficientemente decantado” en su modelo de origen⁴, resulta interesante constatar, conforme lo explican DUCE y RIEGO, que la motivación para incorporar esta cláusula de duda razonable derivó de la “experiencia práctica” que académicos y futuros actores del sistema (fiscales, jueces y defensores) adquirieron al simular juicios. “Estas simulaciones habrían permitido constatar que la magnitud del cambio del sistema probatorio derivado de la oralidad era mucho mayor de lo imaginado y surgió la idea

³ La historia de la norma fue sintetizada del texto de MATURANA MIQUEL (coord.) *et ál.* (2003): *Reforma procesal penal. Génesis, historia sistematizada y concordancias*, tomo II (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), pp. 682-686.

⁴ Así lo plantea Daniela Accatino al señalar que en los mismos tribunales norteamericanos se ha debatido intensamente sobre el contenido de la fórmula que plantea la “duda razonable”. Véase ACCATINO (2011): “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de prueba penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXVII, 2° semestre de 2011, p. 490.

de aplicar este baremo como señal potente de que era el juicio oral el mecanismo más poderoso para el análisis de prueba en este contexto”⁵, de lo que se desprende que su incorporación en el Código Procesal Penal se generó por fundamentos más bien prácticos que epistémicos⁶.

III. INTERPRETACIÓN DEL ESTÁNDAR DE DUDA RAZONABLE EN LA DOCTRINA Y EN LA JURISPRUDENCIA CHILENAS

Pese a las discusiones que ha generado el concepto “beyond a reasonable doubt” como baremo para condenar a una persona sometida a juicio penal⁷, tanto la doctrina como los actores del proceso penal chileno han estimado que su incorporación al Código Procesal Penal ha sido un acierto y que su aplicación se considera como un avance respecto de la fórmula de condena que contemplaba el antiguo Código de Enjuiciamiento Criminal. Eso sí, resulta necesario aclarar que en el ordenamiento procesal penal chileno este estándar de convicción se conjuga con otros artículos del Código de Enjuiciamiento que determinan, en definitiva, el plexo normativo que regula el patrón exigido a los jueces para dictar sus sentencias, tanto condenatorias como absolutorias.

En efecto, el ya transcrito artículo 340, en conjunto con los artículos 297 y 4º del Código Procesal Penal, otorgan los lineamientos fundamentales que deben seguir los sentenciadores a la hora de arribar a la convicción de condenar o absolver al acusado.

El primer artículo citado, se encarga de fijar la manera de valorar la prueba:

“Artículo 297.- *Valoración de la prueba.* Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones

⁵ DUCE y RIEGO (2007): *Proceso penal* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), pp. 483 y 484.

⁶ En el mismo sentido razonan Carnevali y Castillo. Véase CARNEVALI y CASTILLO (2011), nota 45, pp. 92 y 93.

⁷ Hay quienes derechamente rechazan su calidad de estándar. Véase LAUDAN (2005): “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Revista Doxa*, N° 28, pp. 95-113.

que hubiere tenido en cuenta para hacerlo. La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”.

De la lectura del precepto se pueden desprender varias exigencias impuestas a los falladores a la hora de sopesar el material probatorio, a saber: a) Valoran con libertad, pero los límites de su razonamiento se basan en la sana crítica (no pueden contradecir la lógica, la experiencia ni reglas de la ciencia); b) La valoración debe fundarse considerando todos los medios de prueba producida en juicio, haciéndose cargo incluso de la prueba desestimada; c) Luego, se exige que la valoración probatoria implique que la sentencia deba indicar, aunque no pormenorizadamente⁸, el o los medios de prueba que dieron por probados los hechos y qué hechos se tuvieron por probados; d) Finalmente, y como fórmula de control tanto para las partes como para los tribunales superiores, se impone al sentenciador el deber de explicar el fallo de modo de que quien lo lea pueda “reproducir” el razonamiento de los jueces y arribar a las mismas conclusiones de ellos (es decir, exige el control intersubjetivo de lo resuelto).

El artículo 4º, junto a al artículo 340 que impone el criterio de la duda razonable, establece un elemento que permite delinear de mejor manera este estándar: Tal precepto plantea la “presunción de inocencia” y prescribe:

“Artículo 4º.- *Presunción de inocencia del imputado.* Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”.

A mi juicio, la presunción de inocencia, como regla de juicio⁹, efectivamente tiene la virtud de otorgar un criterio que ayuda a clarificar el estándar

⁸ Así lo ha entendido la Excm. Corte Suprema al sostener que “[...] dicho precepto no exige una descripción o detalle minuciosos de los medios de convicción [...]”. Véase SCS de 16 de enero de 2012, Rol Penal 1646-07. Pronunciada por unanimidad por la Segunda Sala de la Excm. Corte Suprema, presidida por el ministro señor Jaime Rodríguez E. e integrada por los ministros señores Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Juan Escobar Z. y el abogado integrante señor Luis Bates H.

⁹ Sobre las diversas facetas de la presunción de inocencia, véase FERRER BELTRÁN (2017): “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, en *Memorias del VI*

de la duda razonable, ya que no admite graduaciones ni limitaciones. Tal y como lo señala Andrés IBÁÑEZ:

“[...] en ausencia de una sólida certeza práctica acerca de la culpabilidad del acusado, siempre que haya un motivo razonable para dudar, no existirá más alternativa que la absolución”¹⁰.

Por su parte, en Chile, CARNEVALI y CASTILLO también otorgan este cariz de “criterio orientador” a la presunción de inocencia¹¹.

Pues bien, tomando como base este conjunto de normas, la jurisprudencia y la doctrina chilena han arribado a interpretaciones distintas acerca del sentido y alcance de la duda razonable y de la forma cómo interpretar el estándar, por cuanto las opiniones transitan desde las concepciones subjetivistas, en las que toca al juez explicar razonablemente por qué llegó a la convicción personal a la que arribó, hasta el intento de dar un contenido objetivo a este baremo, con el fin de que lo resuelto sea realmente controlable por los tribunales superiores. Sobre estas apreciaciones de los autores y las decisiones de los jueces nos detendremos para un análisis un poco más detallado.

1. La doctrina

Respecto de la adopción de la “duda razonable” como criterio de condena o absolución, en general los autores se encuentran de acuerdo en señalar que se trata de una institución completamente ajena a nuestro acervo jurídico y que su implementación en el proceso penal chileno ha significado un gran esfuerzo interpretativo para todos los actores e interesados en el sistema. Solo existe una certeza común entre los tratadistas y los tribunales: que la duda razonable implica un muy alto estándar para condenar y que este estándar es el más exigente de todos los estándares que contemplan los procedimientos chilenos. En cuanto a sus defectos,

Congreso Internacional de Derecho Procesal (San José de Costa Rica (CRI), Editorial Jurídica Faro), pp. 169 y ss.

¹⁰ Véase ANDRÉS IBÁÑEZ (2015): *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional* (Madrid, Editorial Trotta), p. 313.

¹¹ Véase CARNEVALI y CASTILLO (2011), pp. 105 y 106.

la mayor parte de la doctrina indica que los problemas que presenta esta novedosa institución son básicamente dos:

El hecho que el criterio de duda razonable proviene del Derecho Procesal norteamericano, país en el que la decisión de condena o absolución queda entregada a la unanimidad de un jurado que no debe fundamentar la decisión a la que arribó, a diferencia con Chile en que existe el deber de fundar racionalmente las sentencias.

Aunque se entiende que es un baremo de muy alta exigencia para la condena, existe falta de claridad en este criterio de duda razonable y no aparece como un estándar objetivo, generando que su apreciación por parte del juez resulte demasiado subjetiva y poco controlable para terceros y tribunales superiores.

Frente a los problemas señalados, la actitud de la doctrina ha sido dispar, por cuanto hay quienes han intentado buscar soluciones que intentan interpretar las normas de un modo de dejar el menor grado subjetividad posible a los jueces que deciden, existen otros autores que se encuentran conformes con la subjetividad en la decisión judicial (mientras sea fundada adecuadamente) y hay quienes simplemente no profundizan en el tema y se limitan a explicar someramente el baremo escogido¹².

1.1. Autores que plantean una interpretación objetiva de las normas de valoración probatoria en el proceso penal chileno

Pues bien, en los últimos años una buena parte de la doctrina ha sido muy crítica con la falta de objetividad de este criterio y plantea la necesidad de interpretarlo de manera tal que pueda ser dotado de características que reduzcan al mínimo la subjetividad. Es así como ACCATINO indica que “[...] la referencia a dudas “razonables” admite, a mi juicio, un sentido normativo (o contrafáctico) conforme al cual lo relevante no sea la presencia o ausencia subjetiva de dudas [...]. Lo relevante, entonces, no sería la existencia efectiva de una duda, sino existencia en las pruebas de condiciones que

¹² Como ejemplo de esta última postura, que soslaya una mayor explicación sobre el estándar, están los textos de CHAHUÁN SARRÁS (2012): *Manual del nuevo procedimiento penal*, 7ª edición (Santiago de Chile, Editorial Abeledo Perrot-Thomson Reuters), p. 390, y el de CASTRO JOFRÉ (2008): *Introducción al Derecho Procesal Penal chileno*, 2ª edición (Santiago de Chile, Editorial LegalPublishing), pp. 482 y 483.

justifican una duda: en otras palabras, lo que importa no es que la duda se presente de hecho en el ánimo del juzgador, sino que la duda haya debido suscitarse a la luz de las evidencias disponibles”¹³. Por su parte, CARNEVALI y CASTILLO señalan que la objetividad del baremo en Chile se da no solo con la duda razonable, sino que con la fórmula del artículo 297 ya explicado, indicando respecto de dicha norma que “[...] allí se establecen claramente los niveles de exigencia para la valoración de la prueba, los que deben ser expuestos en la motivación de la sentencia, incluso en el voto de minoría. Por lo mismo, el juez está obligado –respetando los límites impuestos en el artículo 297 del Código Procesal Penal– a “objetivar” su propia decisión sobre los hechos, indicando los criterios seguidos y argumentando las razones por las que ha considerado que un determinado hecho está probado o no probado”¹⁴. Desde el Derecho Procesal, MATURANA y MONTERO abogan en el mismo sentido, al señalar, tras un largo análisis de las normas de valoración probatoria del proceso penal, que se debe hacer “[...] El esfuerzo para establecer un estándar objetivo para adoptar la decisión tendrá una vigencia sustancial y no meramente formal, en la medida en que si la sentencia infringe sus elementos pueda ser impugnada para que se remedien eficazmente los vicios de fundamentación [...]”¹⁵. Por su parte, COCIÑA, citando criterios de la catedrática española Mercedes FERNÁNDEZ, señala que con una interpretación adecuada “[...] se lograrían estrechar los márgenes de discrecionalidad y se reduciría el riesgo de equivocaciones judiciales al momento de apreciar la prueba”¹⁶. Finalmente, quien realiza el llamado más encarecido a exigir a los tribunales que abandonen interpretaciones subjetivas es ARAYA quien señala que “[...] En pos de la consecución del fin anunciado, es imperiosa la necesidad de aplicar un estándar de prueba que se concilie con el carácter racional del sistema de libre valoración, esto es, buscar la objetivación o razonabilidad de la interpretación del estándar con

¹³ Véase ACCATINO (2011): “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de prueba penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXVII, 2º semestre de 2011, p. 503.

¹⁴ Véase CARNEVALI y CASTILLO (2011), p. 105.

¹⁵ Véase MATURANA MIQUEL y MONTERO LÓPEZ (2010): *Derecho Procesal Penal*, tomo II (Santiago de Chile, Abeledo Perrot-LegalPublishing), p. 954.

¹⁶ Véase COCIÑA CHOLAKY (2012): *La verdad como finalidad del proceso penal* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot-Thomson Reuters), p. 106.

que contamos normativamente, lo que ciertamente no es un tema sencillo, pero no imposible de abordar”¹⁷.

1.2. Autores que aceptan una interpretación subjetiva de las normas de valoración probatoria en el proceso penal chileno

En la vereda contraria, existen opiniones que, desde los albores de la reforma procesal penal, plantearon una interpretación de las normas de valoración probatoria en el nuevo proceso que no fuera del todo rupturista con las prácticas judiciales del antiguo sistema penal. Importante es hacer ver, en este punto, que el sistema procesal penal inquisitivo que se abandonaba tenía como estándar el de “certeza legal condenatoria y certeza moral absolutoria” que implicaba, *grosso modo*, que la sentencia condenatoria debía cimentarse en prueba legal tasada por la ley y que el fallo absolutorio solo requería la convicción de absolución subjetiva del juez, sin mayores exigencias de fundamentación.

Los primeros autores en tocar este tema fueron HORVITZ y LÓPEZ, quienes otorgaron un contenido subjetivista a su interpretación del estándar impuesto por el artículo 340 del Código Procesal Penal, al señalar que “[...] teniendo en cuenta que en Chile nos encontramos ante jueces profesionales que no requieren, como los jurados, recibir instrucciones sobre puntos de derecho, lo cierto es que la determinación del alcance del concepto de ‘duda razonable’ no puede ser menos que problemático para los propios jueces, teniendo en cuenta que se trata de un término tomado de sistemas procesales extranjeros ajenos a nuestra tradición. En este sentido, la identificación del estándar con la idea de ‘certeza’ parece desde todo punto de vista conveniente, no sólo porque resulta difícil avanzar mucho más en la definición de duda razonable, sino porque este concepto sí tiene en Chile una larga tradición y reconduce a los jueces, por lo tanto, a la utilización de parámetros a los que se encuentran habituados”¹⁸, haciendo luego alusión a la “certeza moral absolutoria” y a la “certeza moral condenatoria” que prescribía el antiguo artículo 456 bis del anterior Código de Procedimiento Penal.

¹⁷ Véase ARAYA NOVOA (2011): *Los hechos en el recurso de nulidad en materia penal* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot-LegalPublishing), p. 106.

¹⁸ Véase HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE (2004): *Derecho Procesal Penal chileno* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica), p. 164.

Por su parte, DUCE y RIEGO reconocen que la duda razonable no es un estándar objetivo, que carecen de propuestas como para definirlo y señalan que la jurisprudencia debiera ser la llamada a concretar lineamientos que den forma y sentido a tal exigencia legal. Sobre el punto refieren que “[...] debemos confesar que esta última tarea, consistente en proponer criterios operativos que permitan a los jueces resolver la cuestión, se nos hace particularmente dificultosa. En el caso de los países de tradición anglosajona este estándar queda entregado en su aplicación a un jurado que no requiere fundamentar la decisión y es probable, por esa razón, que existe una cierta reticencia tanto de las Cortes como de los juristas como para entrar a explicarla de manera precisa. La verdad, a estas alturas pensamos que no estamos en condiciones de ofrecer una teoría o una solución conceptual consistente, aplicable de manera general a todos los casos”¹⁹.

Pues bien, tras un análisis cronológico de los autores, se puede concluir que los primeros comentaristas del Código Procesal Penal no se detuvieron mucho en analizar el sentido y alcance de la nueva institución impuesta en el artículo 340 del texto legal, y quienes sí lo hicieron asumieron que no se trataba de un estándar objetivo, permitiendo en los jueces cierto nivel de subjetividad, aunque razonada. Solo tras haber transcurrido un lapso de tiempo en la aplicación del baremo en el nuevo proceso penal, comenzaron a alzarse nuevas voces de doctrinarios que buscan construir bases objetivas para el estándar de valoración de prueba que impone la normativa actual.

1.3. La situación formal de la duda razonable y el voto disidente de uno de los jueces en el proceso penal chileno

Desde otra perspectiva, vale la pena hacer mención a una situación que ha sido avizorada por algunos comentaristas y que genera una interesante discusión desde la perspectiva formal de la duda razonable en Chile, aún más allá de los problemas de interpretación de tal estándar. El problema es más o menos el siguiente: el sistema norteamericano aplica la lógica de la duda razonable respecto de un grupo de jurados que resuelven por unanimidad y no motivan ni explican su decisión; sin embargo, en el sistema chileno las decisiones de condena o absolución son asumidas por jueces colegiados profesionales que fallan en votación y que deben motivar su

¹⁹ Véase DUCE y RIEGO (2017), p. 498.

decisión en cualquiera de los dos sentidos. ¿Qué ocurre cuando el tribunal decide condenar al acusado por dos votos contra uno y la opinión que decide absolver resulta no solo razonada, sino que también es razonable? ¿Acaso la existencia de un voto de absolución resuelto motivadamente por un juez profesional no debiera resultar suficiente como para estimar que no se ha superado el estándar de duda razonable y que el imputado debiera ser absuelto en definitiva?

Hay un claro problema normativo en nuestro país, por cuanto el Código Procesal Penal no exige que los jueces del tribunal oral en lo penal resuelvan unánimemente la condena del acusado para cumplir con el estándar de duda razonable. Más aún, disposiciones expresas de otro cuerpo legal (el Código Orgánico de Tribunales, que regula competencia y atribuciones de los jueces) preceptúan que los jueces del tribunal oral en lo penal fallan de acuerdo a las normas de las cortes de apelaciones y el mismo texto normativo indica que estos tribunales superiores resuelven por mayoría de votos (artículos 19 y 72 del Código Orgánico en referencia).

Hay autores que se han detenido a analizar este interesante problema: en el año 2011, ETCHEBERRY hizo ver esta grave contradicción lógica entre el estándar de duda razonable y la existencia de un voto judicial absoluto razonado, indicando que “[...] La admisión de que a un veredicto condenatorio razonado se pueda llegar por mayoría de votos, nos parece incompatible con la exigencia de convicción de culpabilidad ‘más allá de toda duda razonable’. Como cada juez debe fundamentar su opinión, en caso de que haya habido dos pareceres por condenar y uno por absolver (todos razonados y relativos a la valoración de la prueba), ello basta para mostrar que en el tribunal ha existido una duda razonable. A menos, claro está, que se suponga que el juez minoritario es un ser irracional. Pero si explica y fundamenta su duda, aunque los demás no la compartan, esa duda es razonable y no se puede condenar. La situación contraria no es simétrica: si hay dos votos por absolver y uno por sancionar, también existe la duda, pero la ley en tal caso opta por exculpar. La convicción se exige para penalizar. Pensamos que admitir un fallo condenatorio por mayoría es dar legitimidad a un sistema probabilístico, esto es, que se contenta, para condenar, con que la culpabilidad parezca más probable que la inocencia, aunque quepa una duda fundamentada. Nos parece, por el contrario, que en un sistema que requiere la ausencia de una duda razonable, un veredicto punitivo debe ser siempre unánime. Y ésta es precisamente la exigencia de

la ley en los países anglosajones, inventores de la fórmula de ‘ausencia de duda razonable’: para condenar, el veredicto de las doce personas legas que integran el jurado debe ser unánime”²⁰.

La opinión de ETCHEBERRY hace ver que la fórmula chilena de condenar por mayoría de votos resulta un contrasentido con el estándar de duda razonable por dos razones: 1) porque la existencia de un voto disidente razonado y motivado genera en sí mismo la duda razonable para desestimar una condena y 2) que, en sus países de origen, la propia institución original de la duda razonable exige unanimidad de votos para condenar, ya que los votos disidentes, aunque no sean razonados, sí generan la absolución.

En sentido parecido, aunque con algunos argumentos distintos, CARNEVALI y CASTILLO plantean su tesis de que el voto disidente absolutorio sí permite la aplicación del estándar de duda razonable y que el condenado en fallo dividido debiera ser considerado absuelto. Estos penalistas señalan que

“Cuando se está frente a hechos, el tribunal debe resolver por unanimidad, por exigencia del propio Art. 340 del Código Procesal Penal. Y es que la imposición de la superación de la duda razonable, dispuesta por la propia ley, supone que el tribunal en su conjunto considera que las pruebas producidas durante el juicio oral no presentan dudas razonables –conforme a los principios de la lógica, de las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados–, acerca de la existencia de un hecho punible y de la culpabilidad del acusado. Resulta del todo incoherente desde la perspectiva procesal, y contrario a la presunción de inocencia como se ha señalado supra, condenar cuando uno de los miembros del tribunal valora razonadamente que las mismas pruebas no son suficientes para alcanzar la exigencia de convicción”²¹.

Importante es consignar que, en opinión de estos autores, la institución de la duda razonable chilena presenta dos ideas importantes: 1) nada tiene que ver con la unanimidad o no de los decisores, porque hoy en Estados

²⁰ Columna de Opinión de Alfredo ETCHEBERRY ORTHESTUGUY aparecida en periódico “El Mercurio” de Santiago el día viernes 28 de enero de 2011. Se encuentra transcrita en la página del “Colegio de Abogados de Chile A.G.” en el link <http://archivo.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/v2/cont_actividades_detalle.html&idart=603&idcat=140&nseccion=actividades%20y%20noticias%20%3A%20%BFUna%20duda%20razonable%3F%20por%20Alfredo%20Etcheberry> [revisada el 27 de agosto de 2018].

²¹ CARNEVALI y CASTILLO (2011), p. 109.

Unidos de Norteamérica se han aceptado condenas no formuladas por mayoría absoluta, amén que la legitimidad de la institución en aquel país no dice relación con la unanimidad en la decisión y su posible valor epistemológico, sino con el hecho de haber sido condenado por sus “propios pares”, cuestión que no ocurre en Chile, país en el que la legitimidad de lo resuelto por los jueces se da en la motivación de su sentencia²². Como punto 2), y desde otra perspectiva, CARNEVALI y CASTILLO plantean la idea que, de manera independiente de lo que digan las normas del Código Orgánico de Tribunales, de todas maneras el condenado en votación dividida debiera ser considerado absuelto, sin necesidad de modificación legal alguna, porque así se desprendería de la propia redacción del artículo 340 del Código Procesal Penal. Uno de los efectos de esta interpretación, desde el punto de vista de los recursos procesales posibles, implicaría que, para lograr la condena del absuelto en fallo dividido, toca al Ministerio Público recurrir de nulidad contra el voto disidente para lograr su impugnación ante el tribunal superior y derrotar la duda razonable generada por aquel voto.

2. La jurisprudencia

Siguiendo la lógica del antiguo sistema de valoración de la prueba y ante la poca claridad que ha representado para los jueces el estándar de duda razonable, estos han apoyado sus decisiones de valoración probatoria en las exigencias formales de las sentencias contempladas en el artículo 342 del Código Procesal Penal y el artículo 297 ya explicado con antelación. La razón de esta opción judicial tiene que ver con que una de las causales de nulidad del juicio oral y de la sentencia dictada (previstas en el artículo 374 del texto legal) consiste precisamente en el infringir lo dispuesto en estas normas que regulan el contenido del fallo. Es así como el artículo 342 letra c) del Código del ramo señala que

“La sentencia definitiva contendrá: [...] c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297”.

²² CARNEVALI y CASTILLO (2011), pp. 103 y 104.

De la opción elegida por los tribunales en cuanto a cómo razonar sobre el fondo de sus decisiones se puede deducir que se ha optado por una interpretación subjetivista de la norma, en la que los sentenciadores aluden a la “convicción personal” para explicar su decisión, aunque tal convicción debe ser razonada y explicitada de forma tal que resulte coherente, razonable, entendible para un tercero y no vulnere los principios de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de experiencia.

Es así como CERDA y HERMOSILLA, comentando las normas del Código Procesal Penal y su jurisprudencia, refieren que “[...] La decisión de condena debe ser vista como una solución más que plausible, por el contrario, si la duda existe y es razonable la decisión debe ser absolutoria. *Los parámetros del estándar propuesto serán llenados por los jueces conforme a su pronunciamiento en cada caso específico*” (énfasis es mío)²³.

Así lo ha entendido nuestra Corte Suprema desde antiguo y se puede vislumbrar en el considerando 14º de una sentencia del año 2007 que indica:

“Que en este capítulo, lo que el impugnante procura es una revisión completa de los hechos que fueron apreciados por los falladores, lo que aparece absolutamente vedado para estos sentenciadores, por cuanto, como ya se ha dicho, este tribunal no constituye instancia para rever los antecedentes de hecho, pudiendo solamente pronunciarse acerca de la existencia de algún vicio de nulidad con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, siendo los jueces del tribunal oral soberanos para valorar la prueba que se presenta ante ellos y tienen como únicas restricciones el respeto de los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, inexactitud que en la especie no se advierte y tampoco se denuncia la existencia de alguna prueba ilegalmente rendida, [...] *Es así como la convicción del tribunal, más allá de toda duda razonable, sobre la perpetración de un delito de robo con fuerza en lugar destinado a la habitación, es un asunto radicado en el fuero interno de los dirimientes llamados a conocer de una determinada materia, sin que esta Corte tenga la facultad de anular, por ese motivo, el juicio que ellos han sido llamados a resolver, ya que dicha decisión emana del ámbito de su propia conciencia, previo un conocimiento exhaustivo y directo de los hechos*” (énfasis es mío)²⁴.

²³ Véase CERDA SAN MARTÍN y HERMOSILLA IRIARTE (2006): *El Código Procesal Penal. Comentarios, concordancias y jurisprudencia* (Santiago de Chile, Editorial Librotecnia), p. 457.

²⁴ SCS de 12 de junio de 2007, Rol Penal N° 1646-07. Pronunciada por unanimidad por la Segunda Sala de la Excm. Corte Suprema, presidida por el ministro señor Alberto Cheigneau

Sentencias posteriores del máximo tribunal han planteado la misma idea de manera aún más directa. Por ejemplo un fallo del año 2012 que, en su considerando 15º, refiere:

“Al respecto, se debe manifestar que el legislador otorga a los jueces plena libertad respecto de la valoración de la prueba, *y no resulta posible que a través de este recurso se discuta la apreciación que ellos de manera libre han efectuado*, y sólo le compete a la Corte revisar si el fallo ha cumplido o no con los requisitos formales. La sentencia atacada cumple sin merecer reproche con tales exigencias, lo que se desprende de la lectura de los considerandos Sexto a Duodécimo del fallo, en los que el tribunal se hace cargo de la prueba rendida en el juicio oral de manera coherente y racional. Sus argumentos pueden no ser convincentes para el recurrente, pero eso no los invalida” (énfasis es mío)²⁵.

En definitiva, podemos asumir que en la actualidad existe completo divorcio entre la concepción “subjetivista” que los tribunales otorgan a la valoración de la prueba y la idea “objetiva” que la doctrina más reciente propugna.

IV. CONCLUSIONES

1. La incorporación del estándar de duda razonable en el moderno Código Procesal Penal no se germinó debido a un estudio acabado o a un análisis concienzudo de expertos en el tema que hayan propuesto su incorporación porque tal institución resultaba acorde a las características del nuevo procedimiento que se venía gestando, sino que se debió a una modificación al texto original del Código planteada a última hora. Esta nueva idea surgió solo de las “experiencias” que se habían recogido de las capacitaciones y “simulaciones de juicio” que habían realizado futuros actores del sistema.

2. Pese a su peculiar génesis y a las críticas de algunas voces que lo plantearon como un instituto que nada tenía que ver con nuestra cultura jurídica, la doctrina general ha establecido que la duda razonable es un

del C. e integrada por los ministros señores Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante señor José Fernández R.

²⁵ SCS de 16 de enero de 2012, Rol Penal N° 1646-07. Pronunciada por unanimidad por la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema, presidida por el ministro señor Jaime Rodríguez E. e integrada por los ministros señores Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Juan Escobar Z. y el abogado integrante señor Luis Bates H.

avance en lo que se refiere a estándar de condena, por lo que se acepta la idea de mantenerlo en el procedimiento penal, ya todos reconocen que es el baremo más exigente de convicción de todos los procedimientos que contempla el ordenamiento jurídico chileno y que tal nivel de exigencia es deseable en un proceso criminal.

3. Eso sí, se ha reconocido por parte de los tratadistas que el estándar carece de un contenido objetivo y la doctrina ha pasado desde una etapa en la que no se ponía en tela de juicio la interpretación “subjetivista” o “personal” de la convicción obtenida por el juez, a la idea de que se discuta la necesidad de afirmar que las normas de valoración probatoria se interpreten de una manera objetiva, que impida las arbitrariedades y permita el control intersubjetivo de lo resuelto, tanto para las partes del juicio como para los tribunales superiores que deben analizar la razonabilidad de la sentencia.

4. En cuanto al hecho que en Chile las condenas penales generalmente se dictan por jueces colegiados, cierta parte de la doctrina ha reparado en dicha situación y ha planteado, a mi juicio acertadamente, que la existencia de un voto absolutorio disidente, dictado por un juez profesional que razona adecuadamente tal opción, necesariamente implicaría la existencia de una duda razonable, de modo que tal acusado debiera ser absuelto. A mi juicio, atendidas las claras normas del Código Orgánico de Tribunales, se debe realizar la modificación legal respectiva para ajustar esta situación al estándar de duda razonable y no comparto la idea de que con los actuales preceptos legales se pueda asumir derechamente la absolución del condenado en fallo dividido.

5. Por otro lado, de existir una modificación legal referida a los efectos de la votación de los jueces en el sentido propuesto, también debiera modificarse el régimen de recursos, para que el Ministerio Público deba deducir recurso contra el voto disidente absolutorio, de manera de intentar su revocación ante el tribunal superior. Asimismo, a mi juicio, porque los tratadistas no se han referido sobre el punto, soy de la opinión que la votación del tribunal superior para revocar el voto disidente también debiera ser unánime, a fin de despejar toda incertidumbre acerca de la existencia de una duda razonable.

6. Pese a la postura de la doctrina, la jurisprudencia ha optado por una interpretación subjetiva de las normas de valoración de prueba, lo que se ha visto confirmado por la actitud de los tribunales superiores que se niegan a revisar aquello que libremente ha generado convicción en el juez y solo están dispuestos a anular una sentencia si establecen que el fallo no fue ra-

cionalmente fundado y/o se vulneraron las máximas de la experiencia, los conocimientos científicamente afianzados y los principios lógicos.

7. Finalmente, estimo que el intento doctrinario de “objetivizar” el estándar de duda razonable resulta completamente necesario para poder dotarlo de contenido. Esta idea de configurarlo de manera tal que no se deje lo resuelto al fuero interno de los juzgadores dará real sentido a la garantía y facilitará, tanto a los jueces como los demás operadores del sistema, la labor de establecer de manera irredargüible los hechos ocurridos y el derecho a aplicar.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela (2011): “Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de prueba penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXVII, 2º semestre de 2011.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2015): *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional* (Madrid, Editorial Trotta).
- ARAYA NOVOA, Marcela (2011): *Los hechos en el recurso de nulidad en materia penal* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot-LegalPublishing).
- BLANCO SUÁREZ, Rafael (dir.) (2011): *Código Procesal Penal sistematizado con jurisprudencia* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot-LegalPublishing Chile).
- CARNEVALI, Raúl y CASTILLO, Ignacio (2011): “El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente”, en *Revista Ius et Praxis*, Año 17 N° 2.
- CASTRO JOFRÉ, Javier (2008): *Introducción al Derecho Procesal Penal chileno*, 2ª edición (Santiago de Chile, Editorial LegalPublishing).
- COCIÑA CHOLAKY, Martina (2012): *La verdad como finalidad del proceso penal* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot-Thomson Reuters).
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco (2006): *El Código Procesal Penal. Comentarios, concordancias y jurisprudencia* (Santiago de Chile, Editorial Librotecnia).
- CHAHUÁN SARRÁS, Sabas (2012): *Manual del nuevo procedimiento penal*, 7ª edición (Santiago de Chile, Editorial Abeledo Perrot-Thomson Reuters).
- DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián (2007): *Proceso Penal* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

- ETCHEBERRY ORTHESTUGUY, Alfredo (2011): Columna de opinión aparecida en periódico “El Mercurio” de Santiago el día viernes 28 de enero de 2011. Se encuentra transcrita en la página del “Colegio de Abogados de Chile A.G.” en el link: <http://archivo.colegioabogados.cl/cgi-bin/procesa.pl?plantilla=/v2/cont_actividades_detalle.html&idart=603&idcat=140&nseccion=actividades%20y%20noticias%20%3A%20BFU-na%20duda%20razonable%3F%20por%20Alfredo%20Etcheberry> [revisada el 27 de agosto de 2018].
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2017): “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, en *Memorias del VI Congreso Internacional de Derecho Procesal* (San José de Costa Rica (CRI), Editorial Jurídica Faro).
- HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ MASLE, Julián (2004): *Derecho Procesal Penal chileno*, tomo II (Santiago de Chile, Editorial Jurídica).
- LAUDAN, Larry (2005): “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Revista Doxa*, N° 28.
- MATURANA MIQUEL, Cristián (coord.) y otros (2003): *Reforma procesal penal. Génesis, historia sistematizada y concordancias*, tomo II (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl (2010): *Derecho Procesal Penal, tomo II* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot-LegalPublishing).

JURISPRUDENCIA CITADA

- SCS de 12 de junio de 2007, Rol Penal 1646-07. Pronunciada por unanimidad por la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema, presidida por el ministro señor Alberto Cheigneau del C. e integrada por los ministros señores Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante señor José Fernández R.
- SCS de 16 de enero de 2012, Rol Penal 1646-07. Pronunciada por unanimidad por la Segunda Sala de la Excma. Corte Suprema, presidida por el ministro señor Jaime Rodríguez E. e integrada por los ministros señores Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Juan Escobar Z. y el abogado integrante señor Luis Bates H.

COSA JUZGADA Y EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL

RES JUDICATA AND THE PROJECT OF NEW CIVIL PROCEDURE CODE

PRISCILA MACHADO MARTINS^{*,**}

RESUMEN: El presente trabajo pretende analizar las modificaciones sobre la cosa juzgada en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil para Chile. El problema que se plantea es si los artículos que tratan de la cosa juzgada en el proyecto responden a una adecuada concepción de la cosa juzgada para la promoción de la efectiva y oportuna tutela efectiva.

ABSTRACT: The present work tries to analyze the modifications on res judicata in the project of the new Code of Civil Procedure for Chile. The problem that arises is whether the articles dealing with res judicata in the project respond to an adequate conception of res judicata for the promotion of effective and timely effective protection.

PALABRAS CLAVE: Cosa juzgada, Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil, tutela efectiva.

KEYWORDS: Res judicata, draft civil procedure code, effective protection.

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene como objeto el análisis de la problemática de la nueva redacción en los artículos referentes a la cosa juzgada en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil de Chile, centrandó su estudio en la posición más moderna sobre el instituto y su tendencia actual. Nuestra presentación tratará primero de las críticas que entiendo son un retroceso no solamente legislativo, sino que dogmático, de postura tradicionalista adoptada sobre

^{*} Doctora en Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Procesal Constitucional Universidad de los Andes, Chile. Correo electrónico: pmachado@uandes.cl. *Visiting scholar* en la Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne y en la Université Science Po, Francia.

^{**} Este estudio hace parte del Proyecto Fondecyt Iniciación N° 11170502 “La cosa juzgada en las acciones constitucionales de protección”, del cual la autora es investigadora responsable.

la cosa juzgada que no atenta a un tratamiento comprometido con el principio del contradictorio o bilateralidad de audiencia, entre otros aspectos. El Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil, al tratar de la cosa juzgada, ha establecido un texto normativo en sentido diverso de las últimas reformas procesales latinoamericanas en el ámbito del referido instituto.

II. SOBRE EL ARTÍCULO 214 DEL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El artículo 214 del Proyecto establece que:

“Se entenderá firme o ejecutoriada una sentencia desde que se haya notificado a las partes, si no procede recurso alguno en contra de ella; y, en caso contrario, desde que se notifique el decreto que la mande cumplir, una vez que se resuelvan los recursos deducidos, o desde que transcurran todos los plazos que la ley concede para la interposición de dichos recursos, sin que se hayan hecho valer por las partes. Tratándose de sentencias definitivas, certificará el hecho el ministro de fe del respectivo tribunal”.

En relación al actual artículo 174 del Código de Procedimiento Civil vigente, no hay ninguna modificación a excepción de la modificación de la expresión “certificará el hecho el secretario del tribunal”, por “certificará el hecho el ministro de fe del respectivo tribunal”. Mantiene la misma redacción del Código de 1902.

En primer lugar, toda reforma debe proyectarse hacia el futuro y no hacia el pasado. Debe buscar establecer directrices normativas que sean aplicables por lo menos en 50 años más, quizá 100 años más. Los artículos que se refieren a la cosa juzgada no solamente mantienen una redacción retrograda, sino que establecen un sentido del instituto aplicable al siglo pasado y no a un proceso pensado para el futuro y la seguridad jurídica que debe representar la cosa juzgada¹.

Cuando el capítulo dirigido a la cosa juzgada parte definiendo lo que se entiende por una sentencia firme o ejecutoriada, termina por confundir el momento procesal de preclusión, o sea, la imposibilidad de presentar recursos, con el instituto de la cosa juzgada material, que es mucho más amplio y que irradia la fuerza y la autoridad de esta decisión a otros procesos

¹ CADDIET *et ál.* Soraya (2013): *Théorie générale du procès* (París, Editorial Puf), p. 909.

por sus efectos positivos, por ejemplo². Dicha redacción contraría además la tendencia más moderna de los últimos códigos latinoamericanos, como veremos adelante.

El proceso en su eterna dinámica en la búsqueda de llegar a un fin, sea de la naturaleza que sea, en determinado momento decidirá el mérito de la demanda por medio de la sentencia. La sentencia, en un primer momento podrá ser objeto de recursos, pero agotadas las vías recursivas o no presentado recurso alguno, o aun en la imposibilidad de ellos, llegaremos a lo que denominamos sentencia “firme o ejecutoriada”. Con esta firmeza, la decisión jurisdiccional adquirirá la autoridad de cosa juzgada³. La expresión cosa juzgada designa esta nueva situación jurídica caracterizada por la inmutabilidad e indiscutibilidad de la sentencia, que de inestable pasa –a partir de “firme o ejecutoriada”– a ser estable⁴.

Dogmáticamente, la expresión “firme o ejecutoriada” tiene distinción con la cosa juzgada material. La inmutabilidad no se refiere a los efectos de la sentencia, sino que al propio contenido de la sentencia, puesto que sus efectos pueden ser modificados. De esta forma, podemos concluir que la cosa juzgada no es un efecto de la sentencia, pero sí la calidad de los efectos de la sentencia, adoptando la concepción de LIEBMAN⁵.

La firmeza o ejecutoriedad de la sentencia se refiere a la preclusión para las partes de rediscutir en el curso del mismo proceso sus pretensiones y excepciones. Es propio del Estado Democrático Deliberativo de Derecho, de modo que la firmeza o ejecutoriedad determinan el fin del debate procesal establecido entre las partes y el juez. El concepto de la expresión “firme o ejecutoriada” es de naturaleza procesal-dogmático, de modo que la formación de la decisión judicial no es resultado aislado ni la acción autoritaria del juez, pues en la firmeza reside la legitimidad en la base productiva y fiscalizadora del proceso, siendo que las partes, después de someterse al debate procesal y a los recursos disponibles, llegan a una sentencia definitiva, quedando imposibilitadas de discutir nuevamente el objeto del proceso.

² Ver en MACHADO (2017): *La cosa juzgada constitucional* (Madrid, Editorial Reus) , pp. 113 y ss.

³ CAYROL (2017): *Procédure Civile* (Paris, Editorial Dalloz), p. 463.

⁴ DE ARAÚJO CINTRA *et ál.* (2008): *Teoria geral do processo* (São Paulo, Editorial Malheiros), p. 328.

⁵ LIEBMAN (2012): *Manuale di diritto processuale civile* (Milano, Editorial Giuffrè), p. 113.

El momento en que se genera esta imposibilidad de modificar la sentencia lo denominamos “sentencia firme o ejecutoriada”. Esta imposibilidad es solamente un aspecto procesal, que impide a las partes dentro de un mismo proceso rediscutir su objeto. Es la preclusión de la posibilidad de recursos. Pero en un momento posterior, debido a esta imposibilidad, la sentencia deja de ser inestable y pasa a ser estable. Cuando adquiere esta estabilidad, la sentencia como acto de poder del Estado pasa a ser, además de indiscutible, inmutable.

Esta es exactamente la distinción entre la cosa juzgada formal y material⁶. Según Andrés DE LA OLIVA SANTOS, “la cosa juzgada formal es la vinculación jurídica que, para el órgano jurisdiccional (con indirectos efectos sobre las partes e intervinientes), produce lo dispuesto en cualquier resolución firme, dentro del propio proceso en que se haya dictado dicha resolución”⁷. La imposibilidad de reformar una sentencia por medio de recursos, sea porque la última instancia ha dicho la última palabra o porque ha transcurrido el plazo para oponerlos, o aun porque se ha renunciado a ellos, como también la imposibilidad de modificar el contenido de una decisión en el mismo proceso que denominamos cosa juzgada formal (*formelle rechtskraft*).

Por otro lado, todo proceso persigue una sentencia vinculante que establezca la seguridad jurídica de la relación discutida y la paz jurídica entre las partes. La prohibición de modificación de la sentencia, sea por el desasimiento del tribunal o por la imposibilidad de recursos, implica que la sentencia no puede ser más ignorada en su aspecto formal. Por otro lado, esta fuerza que impide presentar recursos extemporáneos y también que el propio juez modifique el contenido de la sentencia no es suficiente para finalizar de modo definitivo la controversia de las partes, pues la sentencia puede ser ignorada en un nuevo proceso que tenga el mismo objeto, directa o indirectamente.

La cosa juzgada material se predica, desde un aspecto general, de las resoluciones judiciales firmes y de fondo⁸. Su alcance ha sido identificado en contraposición a la noción de cosa juzgada formal, una vez que esta solamente opera dentro del proceso, y la anterior irradia efectos fuera del proceso.

⁶ DE ARAÚJO CINTRA *et ál.* (2008), p. 328.

⁷ DE LA OLIVA SANTOS (1991): *Sobre la cosa juzgada* (Madrid, Editorial Ramón Areces), p. 20.

⁸ Ada Pellegrini Grinover enseña que: “*Só as sentenças de mérito, que decidem a causa acolhendo ou rejeitando a pretensão do autor, produzem a coisa julgada material*”. En DE ARAÚJO CINTRA *et ál.* (2008), p. 329.

CARNELUTTI explica que “la eficacia o autoridad de la cosa juzgada, tal como ha sido definida en este punto, tiene carácter material en el sentido de que se manifiesta o se expande fuera del proceso, lógicamente, el resultado del proceso no puede quedar contenido en él; jurídicamente, el proceso se hace a fin de integrar el derecho, y su producto no puede menos de trascender el ciclo reproductivo”⁹. La fuerza de la cosa juzgada material tiene por objetivo proteger el contenido de la sentencia en caso de identidad de objeto entre el primer y el segundo proceso.

De este modo, comporta dos aspectos distintos, a saber: la cosa juzgada formal, representada por la firmeza o ejecutoriedad de la sentencia, que se refiere a la inmutabilidad e indiscutibilidad de la sentencia dentro del proceso entre las mismas partes, por sus efectos endoprosesales, y la cosa juzgada material, o el verdadero sentido de la cosa juzgada, que es la fuerza extraprocesal que irradia la sentencia, impidiendo que cualquier autoridad, sea jurisdiccional o no, pueda modificar el contenido de dicha decisión.

Los nuevos Códigos de Procedimiento Civil distinguen estos dos momentos y parten, a diferencia del Proyecto chileno, desde el concepto de cosa juzgada material. El artículo 332 del Código de Procedimiento Civil colombiano establece que:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”.

El artículo 228 del Código Procesal Civil boliviano establece que

“Los autos definitivos y las sentencias adquieren la calidad de cosa juzgada cuando: 1. No fueren susceptibles de instancias o recursos posteriores; 2. Las partes consintieren expresa o tácitamente en su ejecutoria”.

El artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España establece que:

“La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo”.

⁹ CARNELUTTI (1982): *La prueba civil* (Buenos Aires, Editorial Depalma), p. 140.

Por tradición algunos países establecen la definición de cosa juzgada en el Código Civil. Este es el caso de Italia, Francia y de muchos países africanos de tradición francesa, tal como el artículo 1350 del Código Civil de Côte d'Ivoire. El caso francés, artículo del Código Civil modificado en 2016 determina que “*L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité*”, vinculando la cosa juzgada especialmente al objeto del proceso”. Pero todos parten definiendo la cosa juzgada material y no la firmeza o la ejecutoriedad de la sentencia.

El Código de Proceso Civil brasileño en su artículo 502 distingue especialmente estos dos fenómenos cuando determina que “se denomina cosa juzgada material la autoridad que torna inmutable e indiscutible la decisión de mérito no más sujeta a recurso”. Dicha redacción, más precisa y más rica dogmáticamente, adopta el concepto de Enrico Tulio LIEBMAN sobre autoridad de la sentencia; aclara que la cosa juzgada material se refiere a la decisión que juzga el mérito o el fondo de la demanda, y que se encuentra firme o ejecutoriada, o sea, no más sujeta a recurso alguno¹⁰. Todas estas redacciones las ha pasado por alto nuestro legislador, soslayando nuevas tendencias legislativas y dogmáticas para establecer un nuevo tratamiento de la cosa juzgada en el sistema procesal chileno.

De este modo, el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil parte de una redacción retrógrada, manteniendo la misma redacción del Código de 1902 y confundiendo los conceptos de cosa juzgada material con la firmeza o ejecutoriedad de la sentencia, o sea, con el momento de la preclusión.

III. SOBRE EL ARTÍCULO 215 DEL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El artículo 215 del Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil es aún más interesante. Tiene la siguiente redacción: “las sentencias definitivas o interlocutorias firmes producen cosa juzgada”. Este artículo es una copia de la redacción del artículo 175 del Código vigente, exceptuándose que en

¹⁰ LIEBMAN (2012), p. 222.

el Proyecto no hace referencia a la distinción entre acción y excepción de cosa juzgada.

Esta redacción padece de un grave error. Primeramente, no distingue las sentencias definitivas de mérito de las de naturaleza procesal, de modo que la redacción lleva a la conclusión de que las sentencias que ponen fin al procedimiento y que tienen naturaleza procesal, o sea que no deciden el fondo de la relación jurídica puesta en juicio, estarían protegidas por la fuerza de la cosa juzgada material¹¹. La sentencia apta a formar la cosa juzgada material es la sentencia que conoce y decide sobre el mérito¹², que juzga el objeto del proceso, y no toda y cualquier decisión, como dicha redacción hace creer.

Esta “extensión”, dada la poca discusión sobre la cosa juzgada en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de los Diputados, debe ser por una distracción de los redactores del Código. No obstante, esta distracción genera efectos graves al sistema procesal. Primero, porque posibilita que toda sentencia definitiva e interlocutoria, sea de la naturaleza que sea, tenga fuerza y calidad de cosa juzgada material, impidiendo la re-discusión de procesos en que no se conoció el mérito. El artículo extiende a todo tipo de sentencia interlocutoria efectos de cosa juzgada material. Este problema proviene de la nueva definición de sentencia interlocutoria del proyecto, que ha eliminado el concepto de autos.

Para el nuevo sistema procesal, es sentencia interlocutoria la resolución que “falla un incidente, la que resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o de otra interlocutoria y en general, toda aquella no comprendida en los incisos anteriores”¹³. De este modo, la sentencia interlocutoria ahora tiene aplicación general, tanto para las decisiones que inciden en el mérito o fondo del proceso y sobre las decisiones de naturaleza procedimental. El Código General del Proceso de Uruguay, previniendo tal confusión, en su artículo 216 establece que:

¹¹ Sobre la protección de la cosa juzgada material a las sentencias definitivas: STRICKLER (2017): *Procédure Civile* (Bruxelles, Editorial Bruylant), p. 309.

¹² CAYROL (2017), p. 464.

¹³ Redacción conforme artículo 200 del Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil, Mensaje N° 432-359.

“Eficacia de las sentencias interlocutorias que no ponen fin al proceso. Lo resuelto por sentencias interlocutorias firmes, que no pongan fin al proceso, puede ser modificado al dictarse la sentencia definitiva, siempre que ello no importe retrotraer el procedimiento”.

Nuestro Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil, perdiendo en tecnicidad, no ha se referido a tal circunstancia.

La cosa juzgada material puede ser definida como la calidad de que se reviste una sentencia de cognición exhaustiva del mérito firme y ejecutoriado, que consiste en la inmutabilidad del contenido del dispositivo de la sentencia o del comando normativo contenido en la sentencia. De este modo es importante aclarar que la cosa juzgada es un atributo que solamente pertenece a los actos jurisdiccionales, más específicamente, la cosa juzgada material solamente alcanza las decisiones jurisdiccionales que contengan un suficiente grado de intensidad de cognición judicial. No obstante, no todos los actos jurisdiccionales de naturaleza decisoria son protegidos por la fuerza de la cosa juzgada. Esta extensión a las decisiones interlocutorias de modo genérico es inadecuada: cuando mucho sirve para establecer la noción, más bien amplia, de la preclusión de la facultad recursiva. Aparte de las imprecisiones, el proyecto se contentó en consignar que la cosa juzgada material recaería sobre cualquier sentencia no más sujeta a recurso. En rigor, en nuestro ordenamiento, no es posible delimitar las sentencias aptas a estar protegidas por la cosa juzgada por medio de la mera lectura de los preceptos que pretensamente la definen. Es necesario que en cada caso sea verificado si hubo o no decisión sobre el fondo, dado que las decisiones que extinguen el proceso sin juzgar el mérito, aquellas interlocutorias que no adjudican derechos a las partes, conforman la cosa juzgada formal, y no están protegidas por la fuerza de la cosa juzgada material¹⁴.

Es interesante observar otro problema. Este artículo pugna con el artículo 3º del Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil, que establece que “la dirección del procedimiento corresponde al tribunal, quien adoptará de oficio todas las medidas que considere pertinentes para su válido, eficaz y pronto desarrollo, de modo de evitar su paralización y

¹⁴ TALAMI (2005): *Cosa julgada e sua revisão* (São Paulo, Editorial Revista dos Tribunais), pp. 30-31.

conducirlo sin dilaciones indebidas a la justa solución del conflicto”. En el nuevo sistema procesal civil, el juez es responsable por la dirección y por el impulso procesal.

Dado que la cosa juzgada alcanza tanto a las partes como al juez, al estar las decisiones interlocutorias protegidas por la fuerza de la cosa juzgada, el juez estará a la vez impedido de revisar decisiones en el curso del proceso que sean nulas o que generen nulidades, o solicitar a las partes que las subsanen. Esta imposibilidad, ya que las interlocutorias ahora se refieren a lo que hoy son los autos, impide al juez corregir y gestionar el proceso para mejor alcanzar la tutela jurisdiccional efectiva.

También podemos en este sentido mencionar la redacción del Código de Proceso Civil brasileño que ha optado por hablar de preclusión, alejando esta imposibilidad del juez. El artículo 507 del referido Código establece que “es vedado a las partes discutir en el curso del proceso las cuestiones ya decididas a cuyo respecto se operó la preclusión”. Esta redacción no la vincula con la ejecución provisoria de la sentencia, sino simplemente al debate sobre ella.

Por otro lado, en la sistematización de la cosa juzgada, los diversos sistemas no han legislado sobre el efecto aludido de las decisiones interlocutorias. El ordenamiento francés¹⁵ no se ocupa de este tema, dejando a la dogmática o a la doctrina la solución de eventuales conflictos, y a la jurisprudencia, la interpretación de estos casos.

IV. SOBRE EL ARTÍCULO 216 DEL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El artículo 216 establece que:

“En general, la cosa juzgada de la sentencia firme o ejecutoriada excluirá conforme a la ley un ulterior proceso entre las mismas partes, por el que se pretenda un nuevo juzgamiento de lo ya resuelto”.

Dicho dispositivo normativo determina los efectos negativos o excluyentes de la cosa juzgada.

Primeramente, la redacción de este artículo desde una perspectiva superficial y formal carece de una redacción técnico-legislativa. La redacción

¹⁵ Ver JEULAND (2018): *Droit Processuel Général*, 4ª edición (París, Editorial LGDJ).

en sí misma es mala, dado que indica: “en general”, expresión que implicará un amplio poder discrecional del juez al determinar la extensión del efecto negativo de la cosa juzgada. El principio de la legalidad como mecanismo dirigido a evitar interpretaciones extensivas de las normas procesales va en contradicción con la expresión “en general”¹⁶. Dicha expresión fue cuestionada en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia por el diputado Burgos¹⁷.

En el mensaje, al explicar el tratamiento de la nueva cosa juzgada, indica el legislador que “Asimismo, en materia de cosa juzgada, recogiendo las tendencias modernas en esta materia, se regula su efecto positivo o prejudicial, e innovando en lo que ha sido tradicional, se elimina la triple identidad como factor determinante para la configuración de la fase negativa de este instituto. Se mantiene, como es indispensable, la identidad subjetiva, pero se entregan los demás elementos al análisis identitario que efectúe razonadamente el tribunal, con el fin de impedir la dictación de sentencias contradictorias y el iniciar procesos que versen sobre asuntos ya decididos por sentencias ejecutoriadas”¹⁸.

El profesor MATORANA, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, Boletín N° 8197-07, señaló que se actualizaba el concepto de la triple identidad de la cosa juzgada, estableciendo como el más importante de sus principios el evitar la existencia de sentencias contradictorias, motivo por el cual los elementos que se utilizan para entender cuándo existe tal contradicción pueden ser meramente referenciales. Por lo anterior, se recurría a la regulación moderna adoptada en el Derecho Comparado que trata de cumplir con dicho principio, así como también evitar el fraude que implica sostener que, por meras modificaciones formales, puede obviarse la cosa juzgada. Precisó que la cosa juzgada no debiera aplicarse nunca, porque parece absurdo que puedan presentarse dos demandas iguales. Por ello, para evitar que en base a meras modificaciones de forma pueda camuflarse dicha igualdad, debe identificarse a las partes y al objeto al cual se extiende la cosa juzgada y, prescindiendo de las formas en que se plantean los asuntos, se consigue resguardar el principio de concentración, de la contradictoriedad

¹⁶ En este sentido, CAYROL (2017), p. 466.

¹⁷ Boletín N° 8197-07, Comisión de Constitución, Legislación y Justicia.

¹⁸ Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil, Mensaje N° 423-359.

y de la seguridad jurídica que debe generar una sentencia para evitar que por meras modificaciones de forma, que no tocan el fondo del conflicto, pueda afectarse la eficacia de la cosa juzgada.

No se produjo mayor debate, aprobándose el artículo en iguales términos por unanimidad, con los votos de los diputados señora Turres y señores Araya, Burgos, Díaz y Mönckeberg.

Si nos damos cuenta, o hacemos un análisis de la redacción del artículo 216, vemos que no ha desaparecido para nada la tríplice identidad, pues se establece que los efectos negativos de la cosa juzgada se refieren a las mismas partes, pero continua con la referencia a que se pretenda un nuevo juzgamiento de lo ya resuelto. Entiendo que “de lo ya resuelto” se estará refiriendo al objeto de la prestación jurisdiccional, que tiene como límites la causa de pedir y lo pedido. Así, los efectos negativos, que no debiera ser tratado en un artículo del Código, sino una concepción dogmática, también no trae la tal novedad, ni tampoco excluye la tríplice identidad.

A propósito de esto, es muy peligroso que el legislador tome doctrinas aisladas y minoritarias, que no han incidido en ninguno de los nuevos códigos en esta materia, para pretender innovar en este ámbito. La inexistencia de la tríplice identidad no fue acogida por los códigos modernos.

Acabar con la tríplice identidad es acabar con la seguridad jurídica de las partes. La certeza de que una vez decidido un determinado caso, este, por el ADN o naturaleza genética de las demandas procesales que representa la tríplice identidad, estaría imposibilitado de ser revivido en un momento posterior, estaría puesto en peligro.

V. SOBRE EL ARTÍCULO 217 DEL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El artículo 217 establece nuevamente, “en general”, los efectos positivos o prejudiciales de la cosa juzgada, que tampoco debieran estar contenidos en un artículo del Código, pues son un efecto natural de la cosa juzgada, pero los autores del proyecto entendieron importante determinar dichos efectos literalmente.

Nuevamente la redacción peca por la falta de tecnicidad legislativa. El uso de la expresión “en general” anteriormente mencionado deja un gran espacio de arbitrariedad al juez que podrá, según su criterio, determinar si aplica o no los efectos positivos de la cosa juzgada material a determinado caso.

Como anteriormente fue mencionado, la cosa juzgada material irradia dos efectos: un efecto negativo y un efecto positivo. El efecto negativo de la cosa juzgada impide que la cuestión principal ya definitivamente decidida sea nuevamente juzgada como cuestión principal en otro proceso. Por otro lado, el efecto positivo de la cosa juzgada determina que la cuestión principal ya decidida con firmeza y ejecutoriedad, una vez retornando al poder jurisdiccional como cuestión incidental, no pueda ser decidida de modo distinto de aquel como fue en el proceso anterior, donde fue juzgado como cuestión principal.

VI. SOBRE EL ARTÍCULO 218 DEL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL

El artículo 218 del Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil establece que:

“La cosa juzgada se extiende al fallo que se pronuncie sobre las pretensiones y excepciones comprendidas en el proceso. Salvo disposición expresa en sentido contrario, la cosa juzgada alcanza y puede alegarse por las partes del proceso en el que la sentencia que se invoca se dictó, por sus causahabientes y por todos aquellos a quienes, según la ley, se extienda el fallo, aunque no hayan litigado en el juicio. Asimismo, el tribunal, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 216, podrá, hasta la audiencia preliminar y previa audiencia de las partes, declarar de oficio la existencia de litispendencia o de cosa juzgada”.

De todos los artículos del proyecto sobre la cosa juzgada y su definición, el artículo 218 es el que causa más preocupación. Naturalmente, la definición sobre la extensión de la cosa juzgada no está del todo clara, pues da a entender que la cosa juzgada alcanzaría los considerandos y no solamente la parte dispositiva de la sentencia, como la mayoría de los sistemas procesales. Este aspecto daría para una investigación completa (caso adoptado por Brasil por influencia de la doctrina del *collateral estoppel* americano)¹⁹.

Pero la extensión de la cosa juzgada sobre el contenido de la sentencia no es lo que asusta. El peligro se encuentra en la siguiente expresión:

¹⁹ MACHADO y BARRÍA (2017): “Breves consideraciones sobre la cosa juzgada en la experiencia americana”, en MACHADO MARTINS, Priscila (coord.), *Pensamiento Jurídico Central* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch), pp. 303 y ss.

“Salvo disposición expresa en sentido contrario, la cosa juzgada alcanza y puede alegarse por las partes del proceso en el que la sentencia que se invoca se dictó, por sus causahabientes y por todos aquellos a quienes, según la ley, se extienda el fallo, aunque no hayan litigado en el juicio”.

Es cierto que la cosa juzgada tiene efectos reflejos, no obstante, determinar vía legislación que toda sentencia alcanza a terceros que no participaron del proceso es una ofensa a la garantía constitucional del debido proceso y, en especial, al principio del contradictorio²⁰. Por regla general, la cosa juzgada no alcanza a terceros²¹. El Código de Processo Civil brasileño de 2015, por ejemplo, en su artículo 505 establece que “la sentencia forma cosa juzgada a las partes entre las cuales es proferida, no perjudicando terceros”.

Posiblemente, hubo una confusión entre cosa juzgada y los efectos de la sentencia. Los efectos de la sentencia son siempre *erga omnes*, pues la autoridad de la sentencia como acto de poder del Estado debe ser cumplida y respetada por todos²². No obstante, la cosa juzgada solamente alcanza a las partes que litigaron en el proceso, exactamente por sus límites subjetivos, siendo una excepcionalidad su extensión a terceros y no una regla general, como indica el artículo en análisis. CHIOVENDA fue quien primero se preocupó críticamente por la limitación de la autoridad de la cosa juzgada en relación a las partes, al afirmar que esta tenía por objeto evitar que terceros fuesen perjudicados por una decisión judicial²³.

Por otro lado, CARNELUTTI defendía la denominada eficacia refleja de la cosa juzgada respecto de los terceros, en virtud de las características del derecho material tratado en procesos determinados. Dicho autor explica que la premisa de la eficacia directa de la cosa juzgada dice relación con las partes, mientras que la eficacia refleja en relación a los terceros que, aunque

²⁰ Ada Pellegrini Grinover enseña que: “*Mas o principal fundamento para a restrição da coisa julgada às partes é de índole política: quem não foi sujeito do contraditório, não tendo a possibilidade de produzir suas provas e suas razões e assim influir sobre a formação do convencimento do juiz, não pode ser prejudicado pela coisa julgada conseguida inter alios*”. En DE ARAÚJO CINTRA *et al.* (2008), p. 334; Cfr. LIEBMAN (2012), p. 14.

²¹ CADIET *et al.* (2013), p. 910.

²² MACHADO (2017), pp. 230 y ss.

²³ CHIOVENDA (1965): *Principii di diritto processuale civile*, I (Napoli, Editorial Jovene), pp. 921-922.

no son partes, tienen una conexión de interdependencia con la relación jurídica decidida, de modo que por reflejo la cosa juzgada les alcanza²⁴.

Emilio BETTI clasificó en tres las categorías de terceros, conforme el grado de interferencia de la cosa juzgada ajena en la esfera jurídica de cada grupo de ellos. Basado en el derecho romano, el autor estableció las reglas aplicables al derecho moderno para sistematizar los efectos *ultra partes* de la cosa juzgada. En dicha clasificación propone las siguientes categorías: i) terceros jurídicamente indiferentes a la cosa juzgada, o sea, aquellos que sufren la influencia de naturaleza meramente práctica de ella, sin que les provoque perjuicios de orden jurídico; ii) terceros jurídicamente interesados, pero no subordinados al fallo; en otras palabras, aquellos que aunque les alcance lo decidido, no sufren perjuicio, pues sus intereses son compatibles con lo decidido, y iii) los terceros jurídicamente interesados y sujetos a la sentencia, o sea, aquellos que están subordinados a la decisión de una demanda ajena, pudiendo ser perjudicados jurídicamente por la misma²⁵.

Sin embargo, fue ALLORIO el primero en oponerse de modo sistemático al reconocimiento de la existencia de los límites subjetivos restringidos a las partes en lo referido a la eficacia de la cosa juzgada. Su posición modificó el enfoque con que se trataba la materia, trasladándolo del polo subjetivo en que se encontraba, para centrarlo en el ámbito del objeto del proceso; en otras palabras, en la relación deducida en juicio. Luego, de este modo, la restricción de la autoridad del fallo sería objetiva, dependiendo del objeto del pronunciamiento y de la relación jurídica deducida en juicio²⁶. Fue exactamente esta la postura adoptada por el Código General de Proceso de Uruguay, en su artículo 218, cuando establece las circunstancias objetivas que determinan la extensión de la cosa juzgada a terceros:

“218.1 La cosa juzgada alcanza a las partes y a sus sucesores a título universal.

218.2 También alcanza a: a) a los codeudores solidarios; b) a los titulares del dominio desmembrado cuando se refiere a un desmembramiento que no es el propio respecto del mismo bien.

²⁴ CARNELUTTI (1936): *Sistema di diritto processuale civile* (Padova, Editorial Cedam), pp. 297-300.

²⁵ BETTI (1922): *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano* (Macerata, Editorial Bianchini), p. 217.

²⁶ ALLORIO (1992): *La cosa giudicata rispetto ai terzi* (Milano, Editorial Giuffrè), p. 64.

218.3 Los socios, los comuneros, los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, aquellos cuyos derechos dependen de éstas o del acto o del contrato cuya validez o eficacia ha sido juzgada, son terceros a los que alcanza la cosa juzgada solamente si han tenido conocimiento judicial del pleito o si se amparan a la decisión en la primera oportunidad de que dispongan. También comprenderá a los que pudieron conocer la cuestión debatida en el proceso en virtud de información registral, la hubieren o no solicitado”.

La cosa juzgada reflexiva es determinada por el derecho sustancial en las hipótesis en que la esfera de influencia de la decisión se extiende no solamente a relaciones diversas, sino incluso a aquellas relaciones independientes de aquella ya decidida²⁷. No obstante, el hecho de existir una reflexión no significa que la cosa juzgada incida respecto de todos los terceros; si así fuera, la teoría de ALLORIO se aproximaría a la de la eficacia amplia e irrestricta planteada anteriormente por la doctrina alemana, cosa que rechaza, y que ahora se ve absolutamente adoptada por el Proyecto en análisis. Para que exista, según él, tal reflexión de la cosa juzgada, es menester que exista una relación de dependencia de la relación jurídica del tercero con la relación jurídica decidida perjudicial a la primera. Así, los terceros pueden ser indiferentes a la cosa juzgada o sujetos a ella, según la relación de perjudicialidad/dependencia existente entre estas relaciones jurídicas²⁸.

Otro aspecto acerca de los efectos de la cosa juzgada en la esfera jurídica de terceros, es la extensión anormal de la autoridad de la decisión. Esto no se da en virtud de la relación de perjudicialidad entre las relaciones jurídicas, sino que de la exigencia de coordinación entre el resultado de una relación decidida en juicio, otra protegida por la cosa juzgada y las equivalentes relaciones jurídicas de los terceros, que deberían ser juzgadas de modo correlativo.

La coordinación indispensable entre determinadas relaciones jurídicas, es un fenómeno especial si se compara con al aspecto general de la cosa juzgada reflexiva, de modo que se torna necesaria una previsión legal para su aplicación. De este modo, lo que fundamenta la extensión de la cosa juzgada es la existencia de un vínculo de coordinación entre lo decidido

²⁷ CARPI (2007): *La eficacia ultra partes de la sentencia civil* (Lima, Editorial Palestra), p. 61; cfr. ALLORIO (1992), p. 79.

²⁸ ALLORIO (1992), pp. 109-110.

y la relación jurídica de terceros, concebida exactamente por la similitud entre las relaciones jurídicas.

Actualmente, Francesco p. LUIO explica que el principio del contradictorio es la regla fundamental que gobierna el problema de los límites subjetivos de la eficacia de la sentencia. De cierto modo, la extensión subjetiva de los límites de la decisión choca con dicho principio. Para enfrentar este problema, el autor entiende que es necesario establecer un criterio, conforme el caso, acerca de cuándo se debe extender la eficacia de la decisión a los terceros. En esta perspectiva, debemos resaltar que LUIO asume que la extensión de los efectos subjetivos de la sentencia es excepcional, debiendo entonces ser determinadas expresamente las hipótesis de dicha extensión²⁹. La posición de LUIO es la posición más moderna sobre la extensión de los efectos de la cosa juzgada a terceros, pecando la redacción del Proyecto en la expresión “por todos aquellos a quienes, según la ley, se extienda el fallo, aunque no hayan litigado en el juicio”.

VII. CONCLUSIONES

Este estudio se aproxima al análisis de los principales artículos referentes a la cosa juzgada en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil. La cosa juzgada es una pieza clave para una administración justa de justicia y para garantizar la seguridad jurídica. Su formación y la estabilidad de la sentencia implican una ejecución más efectiva y justa.

La cosa juzgada se constituye como una cuestión de estudio que merece relevancia y atención, pues dicho instituto, desde la perspectiva procesal, implica en este asunto una unión de conceptos fundamentales procesales y problemáticas actuales, que se insertan entre lo clásico y lo moderno, trayendo a este tradicional instituto nuevas miradas, resignificando sus alcances y cuestionando sus límites.

Esto, sin duda, significa que la cosa juzgada en caso alguno se constituye como un asunto pacífico para la doctrina, sino que provoca no solo cambios o perfeccionamientos del concepto, sino que lo tensionan a tal punto, en los cuales podemos identificar áreas sensibles de discusión, con despliegue de

²⁹ LUIO (1981): *L'esecuzione ultra partes* (Milano, Editorial Giuffrè), p. 30.

argumentos y opiniones heterogéneas y divergentes, todas en la búsqueda de un mejor delineamiento de este concepto, que parece requerir todavía de mayor atención.

La reforma procesal civil no se ha ocupado en profundidad del tema de la cosa juzgada y la redacción del Proyecto peca en tecnicidad. La ausencia de preocupación se ve reflejada en las discusiones en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y también en la propia redacción de los artículos sobre la materia.

Además de la ausencia nuevamente de una definición del instituto, el Proyecto trabaja de modo desistematizado y poco articulado con la actual doctrina sobre la cosa juzgada. La extensión de la cosa juzgada a los terceros que no han participado en el proceso como regla general tensiona gravemente con el principio del contradictorio, debiendo necesariamente, en su tramitación ser revista tal redacción.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLORIO, Enrico (1992): *La cosa giudicata rispetto ai terzi* (Milano, Editorial Giuffrè).
- BETTI, Emilio (1922): *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano* (Macerata, Editorial Bianchini).
- CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; AMRANI MEKKI, Soraya (2013): *Théorie générale du procès* (París, Editorial Puf).
- CARNELUTTI, Francesco (1982): *La prueba civil* (Buenos Aires, Editorial Depalma).
- (1936): *Sistema di diritto processuale civile* (Padova, Editorial Cedam).
- CARPI, Frederico (2007): *La eficacia ultra partes de la sentencia civil* (Lima, Editorial Palestra).
- CAYROL, Nicolas (2017): *Procédure Civile* (Paris, Editorial Dalloz).
- CHIOVENDA, Giuseppe (1965): *Principii di diritto processuale civile*, I (Napoli, Editorial Jovene).
- DE ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; PELLEGRINI GRINOVER, Ada; RANGEL DINAMARCO, Cândido (2008): *Teoria geral do processo* (São Paulo, Editorial Malheiros).
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (1991): *Sobre la cosa juzgada* (Madrid, Editorial Ramón Areces).

- JEULAND, Emmanuel (2018): *Droit Processuel Général*, 4ª edición (París, Editorial LGDJ).
- LIEBMAN, Enrico Tullio (2012): *Manuale di diritto processuale civile* (Milano, Editorial Giuffrè).
- LUISO, Francesco P. (1981): *L'esecuzione ultra partes* (Milano, Editorial Giuffrè).
- MACHADO MARTINS, Priscila (2017): *La cosa juzgada constitucional* (Madrid, Editorial Reus).
- MACHADO MARTINS, Priscila; BARRÍA JARAMILLO, Víctor (2017): “Breves consideraciones sobre la cosa juzgada en la experiencia americana”, en MACHADO MARTINS, Priscila (coord.), *Pensamiento Jurídico Central* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- STRICKLER, Yves (2017): *Procédure Civile* (Bruxelles, Editorial Bruylant).
- TALAMI, Eduardo (2005): *Coisa julgada e sua revisão* (São Paulo, Editorial Revista dos Tribunais).

II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIALES

ACOSO SEXUAL: UNA AMPLIA GAMA DE ILICITUD Y LA CORRECTA VÍA DE LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

SEXUAL HARASSMENT: A WIDE ARRAY OF UNLAW BEHAVIOR AND THE RIGHT
WAY OF FUNDAMENTAL RIGHTS PROTECTION

DANIELA MARZI MUÑOZ*

RESUMEN: El comentario busca resaltar la aplicación de la perspectiva de género en el razonamiento del sentenciador, en un caso que abarcó acoso sexual, por razón de sexo y discriminación por orientación sexual. En específico, el planteamiento realizado del acoso como un problema propio del cuerpo de la trabajadora, que agudiza y particulariza su subordinación, la valoración del silencio como respuesta y el enmarque general del problema dentro de un sistema discriminatorio de la mujer. Además, se sostiene la idoneidad de la acción de tutela de derechos fundamentales para conocer de estos ilícitos, no solo por la prueba indiciaria, sino por su énfasis en los resultados lesivos de derechos fundamentales. De esta forma, permitiendo abarcar diversos ilícitos, como en este caso, ya que las conductas vulneratorias pueden asumir las más diversas formas —que pueden o no calzar con la definición de distintos ilícitos—, pero que tienen en común el producir un resultado lesivo de derechos fundamentales.

ABSTRACT: The comment seeks to highlight the application of the gender perspective in the judge's reasoning, in a case that embodied sexual harassment, on the basis of sex and discrimination by sexual orientation. In specific, the question is raised of harassment as a problem of the female worker's own body, that acute and particularizes her subordination, the value of silence as a response and the general framework of the issue within a discriminatory system of women. Thus, it is upheld that the adequacy of the action for the protection of fundamental rights to process these illegalities, not only by indicia proofs, but by its emphasis in the harmful results for fundamental rights. In such way, allowing to encompass different illegalities, like in this case, because vulnerary behaviours may assume the most

* Universidad de Valparaíso. Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Magíster en Derecho del Trabajo por la Universidad de Bolonia. Profesora de Derecho del Trabajo y Encargada de la Unidad de Igualdad y Diversidad de la Universidad de Valparaíso. Correo electrónico: daniela.marzi@uv.cl.

diverse shapes—that may or may not fit with the definition of distinct illegalities—, but that have in common the producing a harmful result of fundamental rights.

PALABRAS CLAVE: Acoso, feminismo, perspectiva de género, tutela de derechos fundamentales.

KEYWORDS: Harassment, feminism, gender perspective, protection of fundamental rights.

I. INTRODUCCIÓN

Han pasado diez años desde la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Laboral cuyo proceso gradual de instalación partiera el 31 de octubre de 2008, en Atacama y Magallanes¹. Con ella se satisfizo una de las demandas más urgentes de la doctrina nacional, orientada a exigir la incorporación de una acción que tuviese las características necesarias para garantizar los derechos fundamentales en el ámbito del trabajo. Con el tiempo transcurrido, se puede y es útil hacer los primeros balances sobre su desempeño y la efectiva contribución a hacer efectivos estos derechos en el sistema jurídico laboral chileno, y la sentencia que me corresponde comentar² servirá como primer elemento para sostener una apreciación general: que la acción de tutela ha sido una decisión legislativa exitosa porque es una herramienta con enorme potencial para el sentenciador o sentenciadora que tenga interés en aprovecharlo.

El caso en cuestión, constituido por las diversas formas de persecución de un jefe a una trabajadora que se volvió su objeto de deseo, redobla el interés en la sentencia, pues contiene una clase sobre lo que el acoso sexual es, en sus diversas manifestaciones, pero al mismo tiempo, en lo que nuclearmente lo constituye: la cosificación del otro y, en la mayoría de los casos, de “la otra”, cuestiones que el juez aborda con la belleza que la claridad y la profundidad reflectan cuando vienen juntas.

Finalmente, debe consignarse que la sentencia está a la altura de su tiempo, ya que el año 2018 ha estado marcado por la revolución feminista,

¹ Articulada en las Leyes N° 20.022, que crea los Tribunales de Cobranza Laboral y Previsional; N° 20.023, sobre normas para la cobranza previsional de cotizaciones, aportes y multas de las Instituciones de Seguridad Social, ambas de 2005, y la N° 20.087, que modifica el procedimiento de juicio del trabajo, del año 2006.

² *Wells con Comunidad Hospital del Profesor.*

y es desde la vinculación entre feminismo y trabajo que iniciaremos estas reflexiones.

II. APUNTES SOBRE FEMINISMO Y TRABAJO

El feminismo es una teoría crítica contra la opresión masculina que, como solo las mejores teorías, existe y sirve para movilizar la acción³. Julieta KIRKWOOD lo expresaba, en cita a José NUN, al afirmar que “el feminismo es por excelencia la ‘rebelión del coro’, esto es, que hablan los *condenados*, los negros, las mujeres, los niños, los viejos. Los que no tenían derecho a expresarse como tales se han tomado la palabra y la usan en sus términos. Las mujeres pasan la cuenta al teórico, al ‘tribuno’ de la plebe, por su ropa sucia, por la crianza de los hijos, por todo un trabajo que no tiene nombre, por su explotación: las mujeres hablan de *libertad e igualdad*”⁴.

El feminismo tiene pioneras en el siglo XVIII, las más conocidas entre ellas: OLYMPE DE GOUGES, autora de la *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana*, y Mary WOLLSTONCRAFT, autora de la primera obra política feminista *Vindicación de los derechos de la mujer*, ambas de 1791. Se va consolidando ideológicamente en los siglos XIX y XX, a la par que consigue triunfos políticos como el derecho a voto. Se despliega en dos brazos principales: el liberal y el socialista; pero lo que es imprescindible entender es que “el movimiento de liberación de la mujer no es un movimiento ideológico único, más bien es una suma de corrientes ideológicas, que, a las tradicionales grandes tendencias del feminismo liberal y del feminismo socialista, sometidas constantemente a nuevas reelaboraciones, aún suma otras dos grandes tendencias más en orden a buscar una solución: el feminismo de la

³ Esta idea es sostenida en 1906, a propósito del marxismo, por Rosa Luxemburgo, al decir que lo que más importa de este y lo central que contiene es, “sin embargo, dos elementos esenciales: el elemento del análisis, de la crítica, y el elemento de la voluntad activa de la clase obrera como factor revolucionario. Y quien adopta solamente el análisis, la crítica, no representa el marxismo, sino una miserable parodia de esta doctrina”. LUXEMBURGO (1967): “Discurso al congreso del POSDR”, en BASSO, Lelio (coord.), *Scritti Politici* (Roma, Editori Riuniti), p. 386. En 1967, esta forma de entender el pensamiento crítico, que en realidad es la forma del ejercicio intelectual de Luxemburgo, es rescatada por Hanna ARENDT en la semblanza que hace sobre la economista política polaca en *Hombres en tiempos de oscuridad* (Gedisa, Barcelona), 2001.

⁴ KIRKWOOD, Julieta (2017): *Feminarios* (Viña del Mar, Asociación Communes), p. 58.

diferencia –o cultural–, que defiende la necesidad de desarrollar una cultura femenina diferencial que, sin integrarse en el sistema, este debe respetar, y el feminismo de la igualdad –o radical–, que defiende la necesidad de reforma del sistema desde la perspectiva de género para integrar a las mujeres en iguales condiciones a los hombres”⁵. Es el feminismo de la igualdad el que se posa sobre el mundo del trabajo y comienza a reescribirlo.

Es en ese espacio que surge la cuestión de determinar qué nexo indisoluble se puede establecer entre trabajo capitalista y feminismo. Y ese vínculo está sintetizado en lo que Nancy FRASER identificó como el particular desvalor que el capitalismo asignó a la dependencia femenina: “desde su uso preindustrial, en el que las mujeres, aunque subordinadas, compartían una condición de dependencia con muchos hombres”, por lo que “la dependencia era, por lo tanto, una condición normal, no atípica, y una relación social, no un rasgo individual. No comportaba, por consiguiente, ningún oprobio moral. Ni los diccionarios ingleses ni los estadounidenses recogen usos peyorativos del término antes de comienzos del siglo XX. Algunas de las principales definiciones preindustriales eran de hecho extremadamente positivas, dando a entender confianza, fiarse de alguien, contar con alguien, los predecesores del actual dependable [fiable]. No obstante, *dependency* sí significaba inferioridad de categoría e incapacidad jurídica, formar parte de una unidad encabezada por otra que tenía capacidad jurídica. En un mundo de jerarquías de estatus dominadas por los grandes terratenientes y sus sirvientes, todos los miembros de una familia que no fuesen su “cabeza” eran servidores, al igual que los campesinos libres o serviles de una propiedad. Estaban, como indica Peter LASLETT, “atrapados, por así decirlo, ‘subsumidos’ [...] en la personalidad de sus padres y amos”, lo que cambió con la división del trabajo productivo/masculino y reproductivo/femenino, emplatándose el valor social y la promesa de ciudadanía en el primer binomio,

⁵ LOUSADA (2014): *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (Valencia, Tirant lo Blanch), p. 56. A ello se suma, en los noventa, una nueva corriente, que funda su crítica en la “falta de universalidad del ‘woman’s lib, al construirse sobre el modelo de mujer blanca heterosexual de clase media [lo que] ha llevado a la ‘third-wave’, o tercera ola, que destaca la existencia de múltiples modelos de feminidad, según la condición social, raza, religión u orientación sexual. El feminismo posmoderno ha cuestionado la existencia de roles sexuales naturales –incluso la heterosexual– un producto sociocultural –teoría queer–”, a los que suman tendencias recientes como el ecofeminismo o ciberfeminismo. LOUSADA (2014), pp. 56 y 57.

lo que constituyó “un uso moderno e industrial de supremacía masculina que construyó un sentido específicamente femenino de la dependencia”⁶.

Sin embargo, esto ya es historia, pues la oferta de trabajo general ha pasado a ser acorde con el modelo femenino, esto es, el de la precariedad y sin promesa de ciudadanía. En términos de pensamiento se ha entendido que el trabajo, llamado reproductivo, no es el del eterno retorno o la mera repetición de actos del ámbito doméstico, sino el trabajo –término central– que sostiene la vida. Esta idea cambia a tal punto el eje del problema que, para la economía feminista, en definitiva el foco no está en el mayor provecho de la empresa y la paz social que implica que las personas cuenten con un trabajo. Los argumentos deben ser otros: “Rebelarnos contra la precariedad en la vida y no la precariedad laboral. Apostar por la reducción de jornada no porque podamos *producir* lo mismo en menos horas, sino porque los trabajos no mercantiles imprescindibles para la vida (y la vida misma), no nos dejan más tiempo para el trabajo de mercado. Que el fetiche revolucionario deje de ser el obrero fabril que defiende el pan de su familia y pase a ser la empleada de hogar que quiere tener una vida autónoma”⁷.

En su más fina expresión filosófica, el derrumbe del mito –masculino– del pacto social como encuentro entre seres libres, autónomos y erectos, sino de personas vulnerables que sobreviven porque están inclinadas unas hacia las otras, esto es, dependen entre sí⁸, representación en que la mujer siempre ha sido el ícono, al ser para algunos “presa” de sus pasiones e inclinaciones.

III. LA TRANSVERSALIZACIÓN DE GÉNERO:

INSTRUMENTO ANALÍTICO DE LA TEORÍA FEMINISTA DEL DERECHO Y DE ACTUACIÓN POLÍTICA DEL FEMINISMO DE ESTADO

El pensamiento crítico, al dirigirse hacia el Derecho del Trabajo, sostiene que este es un traje hecho a la medida del hombre. Pero este traje es, en

⁶ FRASER (2015): *Fortunas del feminismo. Genealogía del término dependencia. Seguimiento de una palabra clave en el estado de bienestar estadounidense* (Madrid, Traficantes de Sueños), pp. 109-138.

⁷ PÉREZ, Amaia (2014): *Subversión feminista de la economía. Aportes para un debate sobre el conflicto capital-vida* (Madrid, Traficantes de Sueños), pp. 260 y ss.

⁸ CAVARERO (2013): *Inclinazioni. Critica della rettitudine* (Milán, Raffaello Cortina Editor), pp. 23 y ss. Este punto es particularmente desarrollado por la autora a propósito de Kant en términos tanto biográficos como de su obra.

realidad, un sistema. Sobre tal premisa logra “verificar la existencia de una discriminación sistémica, institucional o difusa en las relaciones jurídicas, no detectable y/o corregible según las leyes de igualdad basadas en la idea de comparación, porque la extensión a las mujeres de derechos pensados para los hombres conduce a nuevas desigualdades –por ejemplo, se les permite trabajar, pero el derecho del trabajo, construido para los hombres, las sitúa en desventaja–, y porque no es posible conceder a las mujeres –si no es aparentando conceder privilegios– derechos ausentes en un modelo masculino –por ejemplo, se concibe la maternidad como una situación excepcional necesitada de protección, no un verdadero derecho–”⁹.

A este problema responde el *mainstreaming* o transversalización de género, que significa un cambio en el modo de ver la cuestión de la desigualdad entre hombres y mujeres, pues es una categoría de análisis de mayor alcance. Cuestiona “el modelo de referencia para erradicar la situación de subordinación de la mujer”¹⁰.

Como lo expresó el Consejo de Europa en su Recomendación de 1998, implica la organización, la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos de modo que la perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por todos los actores involucrados en la adopción de medidas políticas.

Esta herramienta es más que la creación de órganos especiales cuyo fin sea la igualdad de género como un problema determinado, porque lo que interesa es que la perspectiva de género alcance a toda decisión estatal. En este sentido, Chile acaba de adoptar el lineamiento recién descrito, porque si bien crea un órgano especial como es el Ministerio de la Mujer y de la Equidad de Género mediante la Ley N° 20.820 (Ministerio de Desarrollo Social, 2015), este nace precisamente con el mandato de incorporar la perspectiva de género en cada decisión que adopte el Estado¹¹.

Una política legislativa contra el acoso sexual y figuras afines, que pueden reunirse en torno la figura de la violencia sexual contra la mujer, forma parte de “la integración de manera activa de la dimensión de género en la elabo-

⁹ LOUSADA (2014), p. 63.

¹⁰ LOUSADA (2014), pp. 62 y 63.

¹¹ MARZI (2018): “Mujer, trabajo y reforma al Derecho Sindical. Una confluencia necesaria”, en *El Estado y las mujeres. El complejo camino hacia una necesaria transformación de las Instituciones*, Santiago, RIL, pp. 73-109.

ración y en la aplicación de las normas jurídicas y de las políticas públicas, incorporando elementos tendentes a la equiparación real de ambos sexos a través del empoderamiento de las mujeres y evitando elementos donde se perpetúe la subordinación a los hombres a través de estereotipos de dominación de un sexo sobre el otro. Fruto de ello ha sido el reconocimiento de derechos –como la protección contra la violencia de género, derechos de maternidad, conciliación corresponsable o democracia paritaria, difícil sino imposible de justificar aplicando el concepto tradicional de la igualdad y no discriminación, basado en la comparación¹².

Las relaciones de trabajo, y la asimetría de poder que lo estructura, son un árbol frondoso para la práctica de violencia sexual contra la mujer. Por esto revisaremos un conjunto de descripciones de diversos ilícitos aplicables al caso, solo para demostrar que existen muchos ilícitos posibles y pueden presentarse varios a la vez, pero que, por lo mismo, su conducción por la vía de la acción de tutela es la más acertada –porque nos salva del problema de que cada definición entraña limitación–, tal como correctamente se realiza en la sentencia en comentario.

IV. UNA HISTORIA DE PERSECUCIÓN DURANTE TODO EL ÍTER CONTRACTUAL. UNA AMPLIA GAMA DE ILICITUD

Desde que la trabajadora demandante fue contratada como “médico residente” por el hospital, padeció el acoso de su jefe. Ocurrió en la entrevista de trabajo, cuando éste le comenta que se “ve muy segura y muy bonita”, inquiriendo sobre su vida personal; por ejemplo, preguntando si tenía “pololo” porque él era celoso, y que sabía que “otros médicos la tenían en la mira”, todos aspectos carentes de conexión con el puesto de trabajo. Fue seleccionada y contratada por un primer período de tres meses.

Durante la relación laboral siguió recibiendo comentarios sobre su cuerpo de parte de su jefe, sugerencias de que ocupara determinada ropa para que todos pudieran recrear la vista, ofertas de sentarse en sus piernas si faltaban sillas en una cena de camaradería o de ayuda para cambiarse la ropa

¹² LOUSADA (2014), p. 63.

en el turno. Recibió nuevas preguntas sobre su vida privada: qué pensaba de la fidelidad o de innovar con un hombre mayor y adinerado.

Al mismo tiempo, la doctora participaba de un WhatsApp de médicos en que se expresaban opiniones groseras y de alto contenido sexual sobre las mujeres y sobre su menor valía profesional.

Con esto, ya tenemos conductas que se adecuan al menos a dos definiciones doctrinales: hostigamiento por atención sexual indeseada y el acoso por ambiente sexista. El hostigamiento por tensión sexual indeseada es en algún sentido una especificación pedagógica respecto al espectro de conductas alcanzadas por el acoso sexual. Tal como lo regula el Código del Trabajo chileno y que corresponde a una primera expresión de lo que es el acoso, tenemos que en su artículo 2 lo describe como realizar, “en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”. Con la inclusión del hostigamiento por atención sexual indeseada, lo que se intenta es que no se entiendan sin cobertura conductas de evidente connotación sexual pero que no son exactamente una solicitud de sexo. Así, este ilícito se ha explicado por medio de un catálogo de conductas como: intentar que personas participen de conversaciones de contenido sexual, realizar comentarios sexuales, especial amabilidad, miradas reiteradas y observar clandestinamente.

El acoso u hostigamiento por ambiente sexista corresponde a la creación de un ambiente laboral intimidatorio, hostil o humillante, basado en estereotipos o prejuicios asociados al sexo, género, orientación o identidad sexual. En este caso, las comunicaciones del WhatsApp corresponden a expresiones fundadas en el desprecio al sexo femenino y en el estereotipo asociado al género de la mujer como objeto de satisfacción sexual para el hombre o de inferioridad respecto de este.

Pero en forma paralela, en el entorno laboral de la demandante se empezó a presentar la sospecha de que ella tenía una orientación sexual homosexual, lo que trajo nuevos tipos de persecuciones, y condujo a una denuncia interna ante su jefe, por parte de la doctora contra algunos compañeros de trabajo, que no arrojó resultados. Una vez que ella publica en Facebook la foto de su Acuerdo de Unión Civil, su jefe cambió de trato: no le asignaba turnos y prácticamente no se dirigía a ella, hasta llegar al acto del despido.

Estas conductas constituyen ilícitos adicionales, como la discriminación sexista directa, en que se produce, en razón de alguno de estos crite-

rios prohibidos, un trato menos favorable que otra persona en situación comparable.

El elemento comparativo ha sido seriamente criticado, ya que este “sujeto comparable” es una abstracción que bien puede no existir. Piénsese en casos de discriminación salarial en que no haya hombres dentro de la categoría. Es por ello que el Derecho anglosajón creó la cláusula “but for”, que es intercambiar a quien denuncia por un hombre. Siguiendo al profesor LOUSADA, tenemos que esta “se ha incorporado a la definición comunitaria e interna de discriminación directa y conduce a calificar como tal a los tratos desfavorables vinculados al embarazo y a la maternidad –artículo 2.2. c) de la Directiva 2006/54/CE y artículo 8 de la LOIEMH (Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres)–. Pero la cláusula ‘but for’ constituye, más que un test de comparación, un test de sustitución consistente en cambiar, en una situación dada, a una mujer embarazada por un hombre –que no estaría embarazado–, y verificar si se alteran –o no– las consecuencias jurídicas”¹³. Y es que en realidad, si fuese un hombre o, más bien, el modelo abstracto de su estereotipo de género masculino, simplemente no estaría en la situación.

Pero no es el único defecto de la exigencia del juicio comparativo, pues “otra disfunción derivada del elemento comparativo se produce con la violencia de género, cuya calificación como discriminación sexista no surge de una comparación en sentido estricto, sino de la constatación de que es consecuencia de una discriminación sistémica, institucional o difusa”¹⁴.

Por todo esto, la discriminación sexista ha sido reformulada como la situación de subordinación de una persona respecto de otra a causa de los prejuicios asociados al sexo, género, orientación o identidad sexual, y en esta forma funciona en relación de género a especie con los otros ilícitos afines. El “destrato” que comenzó a recibir la demandante puede ser reconducido al acoso sexista y al acoso u hostigamiento por ambiente sexista, cuyo elemento diferencial se ha explicado: en el primer caso, las conductas se dirigen a una víctima determinada y, en el otro, son conductas que no van a un acosado en particular, pero producen el efecto de menoscabar el ambiente de trabajo.

¹³ LOUSADA (2014), p. 159.

¹⁴ Ídem.

Ejemplos paradigmáticos: los chistes sexistas u homófobos o exhibición de material pornográfico en lugares visibles.

Sin embargo, existen otras categorizaciones. El debate español en este punto es relevante, ya que, debido a la tipificación del Código Penal del acoso como delito, hubo de ajustarse la definición aplicable en sede laboral, que era del estilo de la contenida en nuestro Código del Trabajo, esto es, centrada en el “no consentimiento”¹⁵. La Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en su artículo 2.1. c) explica el acoso sexual como la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Una vez que el Código Penal incorpora el delito de acoso sexual, tipificado como “Art. 184.1: El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses”. Al no exigir el “no consentimiento”, se constituyó como una norma de avanzada, ya que el sentenciador debería centrar su análisis en el efecto que esta “solicitud de favor sexual” produciría en el ambiente en que debía desempeñarse la víctima, en que es destacable la incorporación del trabajo autónomo o subordinado, y espacios académicos, funcionando como agravante, valerse de una jerarquía laboral, jerárquica o docente.

Esto condujo a que en 2007, la Ley 3/2007, ya citada, definiera el acoso sexual prescindiendo del “requerimiento sexual” y del carácter no deseado. El artículo 7.1 regula: “Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento,

¹⁵ Artículo 2 inciso segundo del Código del Trabajo: “Las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona. Es contrario a ella, entre otras conductas, el acoso sexual, entendiéndose por tal el que una persona realice en forma indebida, por cualquier medio, requerimientos de carácter sexual, no consentidos por quien los recibe y que amenacen o perjudiquen su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”.

verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. A su vez, el artículo 7.2 define el acoso por razón de sexo como “cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”.

En ambos ilícitos podemos observar que es el resultado lesivo, vale decir: el atentado a la dignidad y la generación de un ambiente intimidatorio, degradante y ofensivo, lo que los configura como vulneración a bienes constitucionales.

Es por esta razón, analizar el resultado lesivo, sumada al no cercar en una definición/limitación las diversas versiones del acoso, que la acción de tutela de derechos fundamentales fue el mejor derrotero posible en Chile para garantizar estos derechos que se vulneran inexorablemente con el acoso sexual: en primer lugar, integridad psíquica y física, no discriminación, intimidad, honra, entre otros. Se ha explicado que la “conducta lesiva de derechos fundamentales del trabajador es por parte del empleador polimórfica, pudiendo adoptar cualquier forma y contenido, pero con efecto o consecuencia específica: restringir desproporcionadamente algunos de los derechos fundamentales protegidos del trabajador. De este modo, el centro del ilícito en esta materia deja de ser la realización de una específica conducta prevista por la ley –una tipificación al modo tradicional–, sino la producción o la pretensión de producción de un estado de cosas que restrinja o afecte un derecho fundamental de un trabajador”¹⁶. Además, no se encuentra amparada por ninguna facultad del empleador, lo que excluye el juicio de ponderación, como ocurrió en esta sentencia. Esto ha sido explicado: “Si la conducta empresarial es ilegal o no dice relación con un facultad soportada por un derecho fundamental que se oponga a la privacidad, no hay colisión alguna que resolver, sino lisa y llanamente una vulneración. En ese sentido, la conducta empresarial de acoso laboral o sexual, que implica una afectación de la privacidad del trabajador, o la pretensión del empleador de regular las relaciones afectivas entre sus empleados, no dan lugar a una confrontación entre derechos fundamentales,

¹⁶ UGARTE (2018): *Derechos fundamentales, tutela y trabajo* (Santiago, Thomson Reuters), p. 57.

en un caso porque se trata de una conducta ilegal, en el otro, porque esa pretensión empresarial no se vincula a ningún interés de reconocimiento constitucional del empleador”¹⁷.

V. PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA SENTENCIA: EL VALOR DEL SILENCIO EN UN SISTEMA PATRIARCAL

El médico denunciado intentó una justificación a nivel legal argumentando que la trabajadora a causa de sus inasistencias sin aviso ni justificación era incompatible con el trabajo de turnos de un hospital, pero no lo pudo acreditar por los medios legales.

A nivel de derechos fundamentales, sostuvo un relato ajeno a móviles lesivos, proporcional y razonable respecto de cada conducta imputada. Señaló que la trabajadora pertenecía a un estamento profesional de élite, con amplias posibilidades de trabajo, por lo que no era razonable pensar que se hubiera sometido desde la entrevista de trabajo a un trato humillante. En esto el juez es lúcido al desplegar su análisis del acoso sexual desde un punto de vista sistémico: “Una de las manifestaciones culturales más arraigadas que explicitan la posición de la consolidación de la histórica posición de subordinación de la mujer respecto del hombre (poder de género) es la existencia de estereotipos o construcciones culturales que categorizan a las personas de acuerdo a determinados rasgos en relación con otros. Asumiéndose que no todo estereotipo involucra caracterizaciones negativas, en el caso del acoso sexual operan estereotipos donde se asume lo femenino como objeto sexual, en posición infra ordenada respecto del hombre. El mismo NASH nos recuerda en este punto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictaminado sobre cómo la creación y uso de estereotipos ‘se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género contra la mujer’; ‘es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente (...)’ (Caso ‘Campo Algodonero’; 2009, ‘González y otras vs. México’)”¹⁸.

¹⁷ UGARTE (2018), p. 200.

¹⁸ Parte resolutive punto 6.

El sentenciador establece las conductas de discriminación, acoso sexual, sexista *quid pro quo* o chantaje bajo la promesa de favor o amenaza de desventaja debido al poder de dirección de quien las ponía en acto, al detectar este reforzamiento del sometimiento a otro por su condición de trabajadora y, además, mujer. “Tal dualidad de poderes se expresa, por una parte, como poder de dirección laboral, propio de la relación de trabajo y la subordinación clásica, como un arbitrio instrumental que se vale de mandos y subordinados dar funcionalidad al poder organizativo y mantener la disciplina empresarial y, –yuxtapuesto a aquél, y en dinámica interrelación– el poder de género (expresión cultural de la visión subordinada de la mujer respecto del hombre en todos los ámbitos), que se manifiesta en ambos escenarios de comunicación y que, lógicamente, cabe inferirse, ha debido reproducirse en las relaciones interpersonales propias de la cultura de la institución en el que unos reproducen estereotipos degradantes, concepciones y formas de relacionamiento que se manifiestan como violencia y trato discriminatorio normalizados contra la Dra. Wells, quien no obstante exhibir idénticas calificaciones profesionales, tareas, responsabilidades y posición –en lo que dice relación con los otros médicos de la unidad– sucumbe a diario, como víctima y en silencio a la reproducción de tales conductas lesivas de su dignidad”¹⁹.

Quizá el apartado más fino sea el de la valoración del silencio de la trabajadora, aplastada bajo casi la totalidad de conductas de acoso que en forma pormenorizada preveía y sancionaba el propio reglamento interno del hospital, instrumento que está ahí, precisamente, para controlar el poder del empleador y para que este, a su vez, se constituya como garante de su observancia. Dice el juez: “No puede sino destacarse la prolija descripción de las conductas habituales de acoso sexual que ejemplifica el Reglamento Interno de Orden Higiene y Seguridad de la empresa demandada allegado al proceso por la propia empleadora, que encuadra estrictamente –y con mayor detalle incluso con aquellas descritas en la motivación sexta y desde tal constatación, la flagrante infracción que la jefatura que acosa evidencia respecto de las prescripciones que ha debido conocer y hacer respetar (Ver T. IX). Allegado al proceso para significar que la demandante estaba informada del derecho a denunciar (artículo 28), obra como una probanza demostrativa del propio incumplimiento patronal, al tiempo que deviene

¹⁹ Parte resolutive punto 9.

en ineficaz a la pretensión probatoria de la demandada, por las razones que se explican más adelante y que esclarecen por qué de la inhibición a denunciar de la víctima”²⁰.

El silencio es valorado en su contexto, la suma de las diversas formas de humillación y ante la muy fundada desconfianza en la protección que le debía brindar su lugar de trabajo: “En esta misma línea de análisis de los elementos de descargo, ya en la propia contestación de la demanda —que ha tenido a la vista las conversaciones tantas veces aludidas— se evidencia una negación del fenómeno de violencia que expresa la conducta del jefe de unidad y se la reconduce erróneamente hacia el descrédito de la víctima, poniendo en duda los efectos nocivos que sobre su esfera personal han podido generar tales conductas. Así por ejemplo, la aseveración de la demandada conforme a la cual se intenta justificar las conversaciones porque ‘la mayoría de ellas se reducen a conversaciones entre dos personas adultas, donde no se advierte incomodidad, rechazo o contrariedad por parte de la supuesta víctima de acoso’ omite que el único contexto reconocido en el proceso es que tales mensajes se originan y se sostienen como mensajes en el ámbito del trabajo y de las labores que les exigen comunicación y que no se evidencia en ellas la existencia de un vínculo de amistad y de confianza. Quien se sale de ese contexto es el jefe, y no hay diálogo alguno, pues la subordinada no responde. No puede desprenderse de ese silencio que no haya incomodidad, rechazo o contrariedad, porque es una relación desigual, asimétrica donde ella tempranamente ya conoce además la concepción que exhibe su jefe sobre las mujeres y en un extremo, la reacción reprobatoria radical frente a ciertas acciones que cree incorrectas, cuando se refiere a otras profesionales (por la presunta conducta de una) como “maracas cul... [...] Por ello, la extrañeza de la defensa sobre la falta de reacción o denuncia de la víctima tiene una explicación que entronca ya con las dificultades que para un trabajador común en posición subordinada y en necesidad de trabajar le significa reclamar por una situación injusta o un derecho conculcado durante la vigencia del contrato de trabajo, escenario inhibitorio que, en el caso, se refuerza por la posición particular de la víctima como sujeto de violencia de género en el encuadre de dualidad de poderes a que se ha aludido”²¹. Es el tradicional

²⁰ Parte resolutive punto 10.

²¹ Punto resolutive número 13.

“problema del cuerpo” del trabajador²², revisitado con perspectiva de género, logrando reconocerlo en sus propios conflictos²³.

El silencio inicial en la entrevista de trabajo, en que no se podía prever la escalada que las agresiones experimentarían, los diversos prejuicios que las alimentaron: la mujer como objeto de deseo o de desprecio, la homofobia y la afectación de los derechos a la intimidad, no discriminación por razón de sexo u orientación sexual.

El sentenciador, por medio de la acción tutela de derechos fundamentales y aplicando perspectiva de género en su interpretación para dimensionar la real afectación, entrega la máxima garantía de estos derechos, cumpliendo con brindar la protección institucional a la que se encuentra obligado el Estado, esta vez representado en su Poder Judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- CAVARERO, Adriana (2013): *Inclinazioni. Critica della rettitudine* (Milán, Raffaello Cortina Editor).
- FRASER, Nancy (2015): *Fortunas del feminismo. Genealogía del término dependencia. Seguimiento de una palabra clave en el estado de bienestar estadounidense* (Madrid, Traficantes de Sueños).
- KIRKWOOD, Julieta (2017): *Feminarios* (Viña del Mar, Asociación Comunes).
- LOUSADA Arochena, José (2014): *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- LUXEMBURGO, Rosa (1967): “Discurso al congreso del POSDR”, en BASSO, Lelio (coord.), *Scritti Politici* (Roma, Editori Riuniti).
- MARZI, Daniela (2018): “Mujer, trabajo y reforma al Derecho Sindical. Una confluencia necesaria”, en *El Estado y las mujeres. El complejo camino hacia una necesaria transformación de las Instituciones*, Santiago, RIL.
- PÉREZ, Amaia (2014): *Subversión feminista de la economía. Aportes para un debate sobre el conflicto capital-vida* (Madrid, Traficantes de Sueños).

²² UGARTE (2018), pp. 210 y 121.

²³ De hecho, en España el acoso sexual es considerado y reglamentado como un riesgo laboral de la mujer. LOUSADA (2014), pp. 342 y ss.

Recuperado de <https://www.traficantes.net/sites/default/files/pdfs/map40_subversion_feminista.pdf>.

UGARTE, José Luis (2018): *Derechos fundamentales, tutela y trabajo* (Santiago, Thomson Reuters).

JURISPRUDENCIA CITADA

Wells con Comunidad Hospital del Profesor, Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, RIT T-309-2018, 7 de junio de 2018.

COMENTARIO A SENTENCIA ROL N° 35159-2017 SOBRE PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO LABORAL

AGUSTINA ALVARADO URÍZAR*

RESUMEN: Este artículo pretende exponer las dificultades en la aplicación del artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo en lo que respecta al concepto amplio de prueba ilícita que el mismo contiene y el modo en que este problema está siendo resuelto por la jurisprudencia.

ABSTRACT: This paper aims to present the difficulties of the enforcement of the article 453 N° 4 of the Labor Code in regard to the broad concept of illicit proof it provides and the manner such problem is being addressed by the jurisprudence.

PALABRAS CLAVE: Prueba ilícita, regla de exclusión, derecho procesal laboral.

KEYWORDS: Illicit evidence, exclusionary rule, labor procedural law.

1. Con fecha 12 de abril de 2018 se dictó el polémico fallo en causa Rol N° 35159-2017, caratulado *Dirección Nacional del Trabajo con Banco de Créditos e Inversiones*, por parte de nuestra Excm. Corte Suprema, en virtud de la cual se unifica jurisprudencia en torno a la aplicación de la regla de exclusión de prueba ilícita contenida en el artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo en materia de grabación clandestina de comunicaciones por parte de uno de los interlocutores¹. Nuestra Excm. Corte acoge el recurso de unificación de jurisprudencia deducido por la demandante respecto de la sentencia de 9 de junio de 2017 dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago que, por su parte, había acogido el recurso de nulidad interpuesto por la parte demandada en contra

* Doctora en Ciencias Jurídicas Università degli Studi di Milano y Universidad de Girona. Profesora Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: agustina.alvarado@pucv.cl.

¹ Para estos efectos se invoca una sentencia de fecha 28 de abril de 2016, de la Corte de Apelaciones de Valdivia, en el recurso ingresado bajo el número 30-2016 que, frente a similares fundamentos fácticos, declaró la licitud de un audio grabado por una trabajadora en una reunión de la empresa.

de la sentencia de 23 de agosto de 2016 emanada del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en la causa RIT S-90-2016, RUC 1640041327-8. Dicho Juzgado de Letras, con fecha 1° de febrero de 2017, había rechazado el incidente de prueba ilícita promovido por la demandada y había acogido la denuncia, declarando que el Banco de Crédito e Inversiones había incurrido en prácticas antisindicales y desleales en la negociación colectiva en contra del Sindicato N° 1 de Trabajadores de tal empresa, a través de actos de injerencia sindical que afectaron su autonomía.

2. La demandada de autos impugnó que la sentencia reclamada habría basado su decisión para acreditar la existencia de actos de injerencia sindical en una única prueba, consistente en una grabación de las expresiones vertidas por un representante de la empresa hecha sin su consentimiento, que en su día debió haberse excluido por constituir una hipótesis de prueba ilícita al tenor del artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo. A juicio de la reclamante, compartido por la Corte de Apelaciones de Santiago, el debate no debía abordarse únicamente desde la óptica del derecho a la privacidad, sino que desde la perspectiva del carácter ilícito del medio empleado para hacerse de la prueba, el que en la especie es calificado de ilegítimo por su carácter subrepticio y clandestino. Así, respecto del fallo en comento, resulta interesante resaltar dos líneas argumentativas: i) en primer lugar, la delimitación de los supuestos de aplicación contenidos en el artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo, con especial mención a la postura plasmada en el voto disidente, y ii) en segundo lugar, el apreciar una tensión entre los derechos fundamentales amagados por la evidencia ilícita y el *derecho a la prueba del particular* implícito en la garantía del debido proceso.
3. En lo que dice relación con el primer punto, el fallo recurrido, en su considerando quinto, estima que, en el caso de la especie, se configura la obtención de prueba por medios ilícitos. Para ello entiende que el vocablo “*ilícito*”, en su uso frecuente, designa aquello que no está permitido legal o moralmente y, luego, “*que con esa última referencia se está aludiendo a la posibilidad de que el acto mismo de la obtención no implique la lesión de un derecho fundamental*”. Así, si el medio empleado resulta legal, moral o socialmente reprochable, su producción debe estimarse inaceptable en el contexto de un debido proceso,

siendo ello cuanto ocurre con una grabación clandestina y subrepticia de una conversación, ya que de lo contrario se volvería insostenible la vida en sociedad, anulando la libertad, espontaneidad y sinceridad en las relaciones sociales. A juicio de nuestra Excma. Corte Suprema, en cambio, en primer lugar es necesario determinar que, no obstante el confuso tenor literal de la disposición en comento, la misma no puede entenderse en un sentido más amplio que aquel contenido en materia penal y de familia. Por tanto, no se trataría de una hipótesis de prueba obtenida directa o indirectamente a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales y de prueba obtenida directa o indirectamente por medios ilícitos, con independencia en este último caso de la efectiva infracción de derechos fundamentales. Por una parte, para la Corte resulta contraintuitivo que, en materia laboral, tratándose de prueba obtenida por particulares, se imponga un estándar más amplio de respeto que el exigido al propio Estado en materia penal². Por otra parte, verificándose una tensión entre los derechos fundamentales amagados por la evidencia ilícita y el *derecho a la prueba del particular* implícito en la garantía del debido proceso, este último solo puede ser sacrificado en la medida en que a través de la obtención del elemento ha existido una inobservancia de una garantía constitucional (considerando tercero).

4. A mi juicio, más allá de que resulte contraintuitivo establecer un ámbito de aplicación de prueba ilícita en materia laboral en relación con el modo en que la misma se encuentra consagrada en sede penal, lo cierto es que parece criticable que la sentencia impugnada sostenga un límite moral propio de una concepción en extremo amplia del instituto en estudio, por lo demás ya abandonada por la doctrina especializada en los contextos comparados donde el tema ha sido tratado³. Sin embargo, tampoco parece adecuada la tesis sostenida por nuestra Excma. Corte

² Esta ha sido la posición sostenida por JARA BUSTOS (2011): “La prueba ilícita en materia laboral. La regla de exclusión más amplia del derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Universidad de Chile, vol. 2, N° 3, p. 120.

³ En efecto, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (1989): *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, 1ª edición (Madrid, Akal), *passim*, reconocido exponente de una concepción amplia del instituto de la prueba ilícita, reflexiona sobre su contenido siempre desde la perspectiva de la “contrariedad con el derecho”, dejando fuera consideraciones morales.

Suprema en orden a propiciar una completa equivalencia de contenidos entre la prueba ilícita laboral y penal⁴, basándose para ello solo en una interpretación histórico-legislativa de la norma. En efecto, a partir de un análisis exegético de la disposición es insoslayable reconocer que nuestro legislador ha dispuesto dos hipótesis distintas, por lo que corresponde hacerse cargo de su definición y correspondiente correlación. Para ello es preciso conducir el análisis de la cuestión a partir de una interpretación sistemática y útil de la norma. Así las cosas, la utilidad de la expresión “*medios ilícitos*” no puede circunscribirse únicamente a la intención de consagrar legalmente la denominada “*teoría de los frutos del árbol envenenado*”, puesto que, tal como se reconoce en el considerando en comento, este desde el inicio ha tenido plena aplicación jurisprudencial en materia penal. De ahí que resulte interesante analizar el voto disidente que, por el contrario, sí efectúa un distingo entre ambas hipótesis, a saber: medios ilícitos o actos que impliquen violación de derechos fundamentales. En relación con la primera hipótesis, el voto invoca el artículo 161 A del Código Penal, el cual sanciona la grabación de conversaciones de carácter privado hecha sin autorización del afectado en lugares que no sean de libre acceso al público⁵.

5. En definitiva, cabe entonces preguntarse si la expresión “*medios ilícitos*” puede encontrarse referida a una hipótesis en que el elemento

⁴ De hecho, el concepto de “prueba ilícita” en materia penal no incluye únicamente la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, sino que también abarca la hipótesis de “prueba nula”, esto es, aquella que proviniera de actuaciones o diligencias que hubiesen sido declaradas nulas. En este sentido, *vid.* HOVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE (2004): *Derecho Procesal Penal chileno*, tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 180 ss., y HERNÁNDEZ BASUALTO (2005): “La exclusión de prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, en *Colección de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Alberto Hurtado, N° 2, pp. 43 ss. Para una aparente sinonimia entre prueba ilícita y prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, cfr. ZAPATA GARCÍA (2004): *La prueba ilícita* (Santiago, LexisNexis), pp. 35 ss.

⁵ Para el voto disidente, dado que el carácter privado de la conversación no depende del contenido de lo conversado sino únicamente de las condiciones pragmáticas en que la misma tuvo lugar, concluye que el afectado sí podía tener una razonable expectativa de privacidad, que es precisamente el punto divergente con la sentencia de contraste. Por este motivo, fue de opinión de rechazar el recurso por no concurrir en la especie los requisitos del artículo 483 inciso 2° para el recurso de unificación.

probatorio haya sido obtenido a través de conductas que pueden ser *eventualmente* constitutivas de delito. Para contextualizar la discusión, es preciso poner en evidencia un aspecto del surgimiento de la “*exclusionary rule*” que suele pasar inadvertido. El origen del instituto suele ubicarse en Estados Unidos a propósito de la discusión –en materia penal– sobre si una prueba, incluso decisiva, de la culpabilidad del imputado debía ser admitida, no obstante la ilegitimidad de los actos que habían llevado a su obtención, o si, por el contrario, la esfera de libertad del ciudadano, aunque culpable, debía ser de todas maneras respetada por los órganos establecidos en tutela de la ley; en modo de atribuir un valor prioritario al interés público por la represión de los delitos o bien al interés, igualmente público, de la tutela de la libertad de cada uno en contra de invasiones injustificadas por parte de los poderes públicos⁶. Suele también indicarse que en Estados Unidos la exclusión de las pruebas ilegales (*improperly obtained evidence*) no obedece al objeto de garantizar la atendibilidad de los elementos obtenidos (*intrinsic policy*), sino que con la finalidad de tutelar intereses violados con la adquisición de la prueba (*extrinsic policy*)⁷. Sin embargo, un acercamiento histórico sugiere apreciar que –en realidad– el instituto no nace en directa relación con la vulneración de un derecho o garantía fundamental, sino que la protección del interés violado apuntaba a un asunto bien concreto: las modalidades de obtención de prueba a través de comportamientos eventualmente constitutivos de delitos, en particular respecto de la propiedad⁸. En este sentido, la tutela frente a la infracción de un derecho o garantía fundamental surge en su evo-

⁶ VIGORITI (1968): “Prove illecite e costituzione”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 64 ss., p. 66. Para un análisis de la evolución del tema en el *commonwealth*, *vid.* FERNÁNDEZ ENTRALGO (1996): “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampa: la prueba ilegítimamente obtenida”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 9, pp. 59 ss.

⁷ La historia evolutiva de la jurisprudencia norteamericana puede consultarse en la sentencia de la CS de fecha 7 de junio de 1965, *Linkletter v. Walker*, publicada en *Foro Italiano*, 1967, IV, considerando 38. En doctrina en español, una breve síntesis, desde la perspectiva del efecto reflejo, puede revisarse en VELASCO NÚÑEZ (1996): “Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del “fruto del árbol envenenado”: correcciones actuales y tendencias de futuro”, en AA. VV., *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, 1ª edición (Madrid, CGPJ), pp. 427 a 445.

⁸ *Vid.* RODRÍGUEZ RUIZ (1999): “El coste de los derechos fundamentales. Un comentario de la STC 49/1999, de 5 de abril”, en *Teoría y realidad constitucional*, N° 3 (primer semestre), p. 329.

lución solo a continuación, para justificar por qué la prueba obtenida mediante un hecho delictivo no debía ser admitida ni valorada⁹.

6. La conexión entre prueba ilícita y prueba obtenida con infracción de Derecho Penal sustancial queda de manifiesto en las posiciones jurisprudenciales antagónicas representadas por los jueces Holmes y Benjamín Natham Cardozo. Mientras Cardozo defendía la posición tradicional a partir de la cual, cuando se acreditaba la autoría de un delito mediante una prueba ilegítimamente obtenida, debían castigarse *ambos ilícitos*: “el crimen descubierto y la obtención de la prueba, de otra manera un delincuente podía quedar libre por el error policial [*The people vs. Defoe*, 242 N.Y. 413 (1926)]”¹⁰. En otras palabras, optaba por la utilizabilidad de la prueba, sin perjuicio de que los que ilegítimamente la habían conseguido (policías o particulares) fueran castigados por el hecho realizado¹¹. Holmes, en cambio, entendía que la única sanción real y eficaz para impedir los abusos en la obtención de pruebas consistía en establecer la no admisibilidad en juicio de la prueba ilegalmente obtenida. De esta manera, la policía y los particulares no intentarían obtener ilícitamente la prueba, pues sabrían que no tendría eficacia alguna en juicio¹².
7. En este orden de ideas, si en observancia del *principio de lesividad u ofensividad* del Derecho Penal, se asume que la selección de comportamientos constitutivos de delitos tiende a la protección de bienes jurídicos, que generalmente coinciden con valores esenciales de la sociedad, que terminan en gran parte por coincidir con la protección de derechos fundamentales, lo cierto es que es posible trazar una línea de acercamiento entre ambas hipótesis. Si la inobservancia de dere-

⁹ Con todo, la búsqueda de soluciones en el marco norteamericano debe efectuarse con cautela, toda vez que el recurso de importar respuestas estructuradas por dicha jurisprudencia se basa en un fundamento de la regla de exclusión que no coincide con la configuración que la misma reviste en nuestro medio.

¹⁰ ARMENTA DEU (2011): *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, 2ª edición (Madrid, Marcial Pons), p. 31.

¹¹ Idéntica posición es sostenida en España por DEL MORAL GARCÍA (2001): “Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales”, en *Estudios Jurídicos V-2001* (Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia), pp. 139 y s.

¹² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (1989), (n. 3), p. 85.

chos fundamentales exige analizar la existencia o no de una injerencia ilegítima de los mismos, la obtención de un elemento probatorio a través de una conducta (eventualmente) delictiva también debiese considerarse dentro de dicho espectro. Cuanto se ha anotado induce al siguiente cuestionamiento: ¿una injerencia ilegítima en los derechos fundamentales debe plantearse únicamente en atención a la infracción de normas de desarrollo de dicha injerencia?, esto es, ¿debe apreciarse solo en relación a una eventual infracción de normas de naturaleza adjetiva (como ocurre en materia penal a propósito de las denominadas *diligencias intrusivas*? o bien, por el contrario, ¿también cabe apreciar una injerencia ilegítima a partir de la infracción de normas sustantivas como sucede en el caso de infracción de normas de carácter penal? Mientras en España el supuesto que se analiza es considerado una mera hipótesis de prueba irregular por constituir una infracción de normas de legalidad ordinaria de carácter penal sustancial, en Italia el punto ha sido ampliamente discutido. De hecho, “*prueba ilícita*”, en sentido técnico-italiano, es aquella obtenida con infracción de Derecho Penal sustancial. A mi juicio, un análisis desde la perspectiva del bien jurídico protegido por cada tipo en particular podría conducirnos a su exclusión por infracción de derechos constitucionalizados (sin perjuicio de ser partidaria de conducir la interpretación desde la perspectiva de las denominadas *prohibiciones probatorias* y, por ende, desde los medios probatorios prohibidos por ley, cuyo desarrollo excede los objetivos del presente comentario).

8. En apoyo de la posición que se viene exponiendo, es conveniente traer a colación dos líneas argumentales que en su día sirvieron para sustentar la utilizabilidad de las pruebas obtenidas con infracción de derecho sustancial (penal y constitucional), a saber: la supuesta autonomía de las normas procesales respecto de las materiales y la supuesta infracción al principio de no doble sanción por un mismo hecho (en la especie representada por el castigo a que quedaría sujeto quien vulneró derechos fundamentales y la sanción procesal relativa a la inadmisibilidad de la prueba así obtenida). En Italia, FIORE –a propósito del colapso en la actual justicia penal italiana– se une a la tendencia doctrinal que incipientemente viene formándose desde hace dos décadas, contraria a una tajante distinción entre proceso y sustancia. El citado autor tiene el mérito de introducir en el debate

la necesidad de propender a un sistema penal integrado entre normas sustanciales y normas procesales en correlación funcional. A su juicio, “la búsqueda de una adecuada integración funcional entre la teoría general del delito y la estructura del proceso, representa una exigencia ‘mínima’ de coherencia sistémica: gracias a la teoría general del delito, tanto desde un plano lógico-formal como teleológico, es posible empalmar las reglas y principios normativos al material real ofrecido por los acontecimientos históricos, pero es solo a partir de la activación de los instrumentos que componen la segunda área funcional, esto es, la del proceso penal, que aquellas construcciones adquieren validez para el ordenamiento jurídico y son capaces de producir consecuencias jurídicamente significativas”¹³.

9. Luego, en lo que respecta al segundo argumento anunciado, es decir, la supuesta infracción al principio de no doble sanción por un mismo hecho, además de encontrarse superado, envuelve en sí mismo una falacia. En efecto, los sujetos activos de la conducta ilícita desplegada para la obtención de prueba en la esfera extraprocesal, e incluso procesal, difícilmente podrán satisfacer las exigencias subjetivas específicas de los respectivos tipos, a pesar de tener consciencia de que con su conducta están infringiendo una norma. Piénsese, por ejemplo, en el robo o hurto de un documento o en el testimonio que revele información cubierta por el secreto profesional. En el primer caso, es claro que siempre faltará el requisito del ánimo apropiatorio que viene transversalmente exigido en todos los ordenamientos jurídicos: el sujeto no aprehende materialmente el documento con ánimo de señor y dueño, por el contrario –y siendo evidente que se trata de un documento ajeno–, lo hace con el único objetivo de presentarlo en juicio en favor de su pretensión, lo que en la mayoría de los casos implicará, a su vez, reconocer dominio ajeno. En el segundo caso, por su parte, dado que típicamente se exige que la revelación se produzca “sin justa causa”, resulta casi imposible que un tribunal no la estime configurada cuando el sujeto justifique la revelación en su ánimo bien intencionado de colaborar a la acreditación

¹³ FIORE (2007): *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, 1ª edición (Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane), pp. 13 y ss., 48 y s., 50. Recalca que estas consideraciones ya pueden encontrarse en Beccaria.

de un determinado ilícito¹⁴. Es por estos motivos que, en realidad, no sea plausible el fundamento según el cual el ciudadano se encuentra debidamente protegido o reparado a través de la responsabilidad civil, penal o administrativa derivada del acto ilícito, ni sea necesario poner en evidencia que en raras ocasiones esta responsabilidad sea efectivamente perseguida. Según esta reflexión, ocurre que en estos casos nos encontraremos frente a una conducta reñida con el Derecho, pero que no satisface los estándares para ser calificada de delito y que, no obstante poder configurar la infracción de un derecho fundamental, terminaría sin reproche alguno, ni a nivel penal ni a nivel procesal. De ahí que, a mi parecer, resulte relevante elucubrar una interpretación útil de la expresión “*medios ilícitos*” contenida en el artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo, desde la perspectiva de una eventual infracción de Derecho Penal sustancial.

10. Por último, en lo que respecta a la apreciación por parte de la Excma. Corte Suprema de una tensión entre los derechos fundamentales amagados por la evidencia ilícita y el *derecho a la prueba del particular* implícito en la garantía del debido proceso, creo necesario evidenciar las consecuencias derivadas de tal consideración. La consideración de la regla de exclusión de prueba ilícita como límite al derecho a la prueba se encuentra profusamente arraigada en el contexto español¹⁵. En efecto, PICÓ I JUNOY explica que el derecho fundamental a la prueba consagrado en el artículo 24 N° 2, inciso 1° de la Constitución española, entre los derechos fundamentales de carácter procesal, que habilitan a su titular a *utilizar los medios de prueba pertinentes* para su defensa, despliega las siguientes consecuencias: “*a*) la necesidad de efectuar siempre una lectura amplia y flexible de las normas probatorias; *b*) la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de los preceptos que limiten la eficacia del derecho a la prueba; *c*) la subsanabilidad

¹⁴ Véanse también los obstáculos procedimentales y materiales en el tratamiento de la prueba ilícita por infracción de legalidad penal analizados por ASENCIO MELLADO (2013): “Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)”, en *Diario La Ley*, N° 8026, Sección Doctrina, La Ley, 19 de febrero de 2013, pp. 10 y s.

¹⁵ A vía ejemplar, ver también GONZÁLEZ MONTES (1990): “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (Derecho constitucional a la prueba y sus límites)”, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 1, *passim*, pp. 29-44.

de los defectos procesales en materia probatoria, y *d*) la irrenunciabilidad del derecho”¹⁶. Según el citado autor, los primeros dos aspectos tienen en común la necesidad de no subordinar la eficacia del derecho a la prueba a otro tipo de intereses de rango inferior, de modo que sus límites solo puedan justificarse en bienes, intereses o derechos constitucionalmente reconocidos, en orden a impedir la frustración de la máxima actividad probatoria (STC 10/2000, de 17 de enero, f.j. 4º). De ahí que se sostenga que dichos límites deban ser, además, interpretados *restrictivamente* (STC 140/2000, de 29 de mayo, f.j. 4º), mediante resolución judicial debidamente motivada, en la que de forma expresa se admita o deniegue la prueba solicitada (STC 236/2002, de 9 de noviembre, f.j. 4º)¹⁷. En otras palabras, “la necesidad de realizar siempre una interpretación del mismo [derecho a la prueba] lo más amplia posible, con objeto de darle la máxima virtualidad y eficacia, exige realizar nuevas lecturas de las normas procesales, buscando y favoreciendo aquella más acorde con el Texto Fundamental, así como concebir restrictivamente los límites del derecho a la prueba”¹⁸.

11. Sin embargo, frente a ello, a mi parecer cabría legítimamente preguntarse sobre la plausibilidad de tal tensión. Para estos efectos, se debiese convenir en que nos encontramos ante una especial regla de exclusión, que se constituye en una norma de mandato dirigida al juez para impedir el ingreso de una prueba así obtenida en atención a un fundamento eminentemente ético (o más precisamente, extraepistémico). De este modo, mientras se encuentre en debate el “*carácter ilícito*” del elemento probatorio, no podría hablarse previamente de “*prueba*” susceptible de ser comprendida en el derecho fundamental a la prueba, ya que “aquí no se trata de una regla que imponga al juez cómo valorar, sino qué cosa debe valorar”¹⁹. Ahora bien, en todo caso,

¹⁶ PICÓ I JUNOY (2008): “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”, en *Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, pp. 527 y ss.

¹⁷ PICÓ I JUNOY (2008), (n. 16), pp. 530 y ss. En el mismo sentido, para otras referencias jurisprudenciales del autor véase nota 11.

¹⁸ PICÓ I JUNOY (1997): “Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas”, en *La Ley*, 23 enero 1997, D-19, p. 1871.

¹⁹ DINACCI (2008): *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio* (Milano, Giuffrè), p. 25.

dicho derecho fundamental a la prueba se encontraría suficientemente protegido por la motivación que el juez debe desplegar en la resolución que disponga la expulsión de dicho elemento, permitiendo el control externo de parte del titular del derecho.

12. En mi opinión, plantear una eventual ponderación entre el derecho fundamental de base afectado y el derecho fundamental a la prueba, podría implicar un eventual ejercicio de facultades legislativas, en cuanto sede competente para determinar una injerencia legítima en derechos fundamentales. La función jurisdiccional, por su parte, solo podría entenderse facultada para una función esencialmente negativa, esto es, “nunca ampliadora de límites legales a los derechos que las normas no prevén”²⁰. El introducir un criterio de “ponderación” entre dicha tensión desconoce el mecanismo natural en que opera una regla de exclusión, esto es, a través de un procedimiento de “subsunción”. En otras palabras, partir de la premisa que renunciar a prueba ilícita, que aporta conocimientos verdaderos, constituya un sacrificio que solo puede justificarse cuando efectivamente se alcance el fin perseguido de *tutela de derechos fundamentales* no solo representaría una concepción meramente instrumental de la regla, sino que además constituiría una aporía, ya que si siempre se planteara su tensión con la necesidad de alcanzar la verdad en el proceso en ejercicio del derecho fundamental a la prueba, entonces se terminaría por negar la premisa según la cual no basta a tal efecto la verdad a cualquier precio²¹.

BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, Teresa (2011): *La prueba ilícita (un estudio comparado)*, 2ª edición (Madrid, Marcial Pons).

²⁰ ASENSIO MELLADO (2009): “La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de derechos fundamentales”, en *Jueces para la Democracia*, N° 66, p. 95. Insiste en ello también ASENSIO MELLADO (2012): “Prueba ilícita: declaración y efectos”, en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, N° 26, pp. 7 y s.

²¹ En este sentido, en términos claros y expresamente vinculados a una exigencia autoimpuesta por el Estado social y democrático de derecho, RAMOS RUBIO (2000): “La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia”, en *La prueba en el proceso penal. Manuales de Formación Continuada*, N° 12, CGPJ, p. 15. Cfr. DEL MORAL GARCÍA (2001), pp. 138 y s.

- ASENCIO MELLADO, José María (2009): “La teoría de la conexión de antijuridicidad como instrumento de limitación de derechos fundamentales”, en *Jueces para la Democracia*, N° 66.
- (2012): “Prueba ilícita: declaración y efectos”, en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, N° 26.
- (2013): “Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)”, en *Diario La Ley*, N° 8026, Sección Doctrina, La Ley, 19 de febrero de 2013.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio (2001): “Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales”, en *Estudios Jurídicos V-2001* (Madrid, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia).
- DINACCI, Filippo (2008): *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio* (Milano, Giuffrè).
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús (1996): “Las reglas del juego. Prohibido hacer trampa: la prueba ilegítimamente obtenida”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 9.
- FIGORE, Stefano (2007): *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, 1ª edición (Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane).
- GONZÁLEZ MONTES, José Luis (1990): “La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (Derecho constitucional a la prueba y sus límites)”, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 1.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2005): “La exclusión de prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, en *Colección de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Alberto Hurtado, N° 2.
- HOVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián (2004): *Derecho Procesal Penal chileno*, tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- JARA BUSTOS, Francisco (2011): “La prueba ilícita en materia laboral. La regla de exclusión más amplia del derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Universidad de Chile, vol. 2, N° 3.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (1989): *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, 1ª edición (Madrid, Akal).

- PICÓ I JUNOY, Joan (1997): “Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas”, en *La Ley*, 23 enero 1997, D-19.
- (2008): “El derecho constitucional a la prueba y su configuración legal en el nuevo proceso civil español”, en *Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio*.
- RAMOS RUBIO, Carlos (2000): “La prueba ilícita y su reflejo en la jurisprudencia”, en *La prueba en el proceso penal. Manuales de Formación Continuada*, N° 12, CGPJ.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca (1999): “El coste de los derechos fundamentales. Un comentario de la STC 49/1999, de 5 de abril”, en *Teoría y realidad constitucional*, N° 3 (primer semestre).
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy (1996): “Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del “fruto del árbol envenenado”: correcciones actuales y tendencias de futuro”, en AA. VV., *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, 1ª edición (Madrid, CGPJ).
- VIGORITI, Vincenzo (1968): “Prove illecite e costituzione”, en *Rivista di Diritto Processuale*.
- ZAPATA GARCÍA, María Francisca (2004): *La prueba ilícita* (Santiago, LexisNexis).

IDENTIDAD DE GÉNERO: INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN SENTENCIAS NACIONALES

GENDER IDENTITY: INCORPORATION OF INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS LAW INTO NATIONAL JUDGMENTS

SUSAN SEPÚLVEDA CHACAMA*

RESUMEN: El comentario busca resaltar la aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos en el razonamiento de los sentenciadores, en un caso que, mediante recursos de casación, se invalida la sentencia que rechazaba la petición de cambio de nombre y sexo registral por no haber existido intervención quirúrgica de reasignación de sexo de la solicitante. En específico, se analiza la forma en que la Corte Suprema se hace cargo de un vacío legal, dando cuenta que la falta de normativa interna no constituye una posibilidad de excusa por parte de los jueces de instancia para no hacerse cargo de una realidad social como lo es la necesidad de las personas trans (transexual) de ser reconocidas en sus registros legales conforme al nombre y género con el que se identifican, sin que se les exija intervenciones en sus cuerpos.

ABSTRACT: The comment seeks to highlight the application of international human rights law in the reasoning of the sentencing, in a case that, through appeals, invalidates the ruling that rejected the request for change of name and sex registration because there was no surgical intervention of gender reassignment of the applicant. Specifically, it analyzes the way in which the Supreme Court takes charge of a legal vacuum, realizing that the lack of internal regulations does not constitute a possibility of excuse on the part of the judges of the instance to not take charge of a social reality such as it is the need of trans people to be recognized in their legal records according to the name and gender with which they are identified, without requiring interventions in their bodies.

* Juez de Letras Juzgado de Familia de Santiago. Abogada Universidad de Concepción. Correo electrónico: su_sepulveda@hotmail.com.

PALABRAS CLAVE: Identidad de género, derecho a la identidad, no discriminación-dignidad, derechos fundamentales.

KEYWORDS: Gender identity, right to identity, non-discrimination-dignity, fundamental rights.

I. INTRODUCCIÓN

La identidad de género es una característica que conforman algunos de los aspectos más esenciales de la vida de una persona, sin embargo, a lo largo de la historia ha sido motivo para llevar a cabo actos de discriminación y otras diversas formas de violación a los derechos humanos. Así incluso lo ha manifestado la Alta Comisionada para Naciones Unidas de los Derechos Humanos, en el año 2014, Navi PILLAY: “[...] a final de cuentas, la homofobia y la transfobia no son diferentes al sexismo, la misoginia, el racismo o la xenofobia, pero mientras estas últimas formas de prejuicio son condenadas de forma universal por los gobiernos, la homofobia y la transfobia son en demasiadas ocasiones dejadas de lado [...]”¹.

De esta manera, los tribunales de justicia –como órganos del Estado– están convocados no solo a la aplicación de las normas sobre derechos humanos sino también a dar cumplimiento a las obligaciones internacionales sobre la materia, debiendo prevenir, proteger, investigar, sancionar y reparar actos de discriminación o vulneración, cuestiones que pueden cumplirse a través de la función jurisdiccional, como ocurre en el caso a analizar, que de no haberse aplicado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos para resguardar la identidad y dignidad de una persona *trans*, se hubiese cometido una grave infracción a estas obligaciones.

Debe consignarse, además, que la sentencia va de la mano con los cambios legislativos, ya que en septiembre de 2018 se aprobó por el Congreso Nacional la Ley de Identidad de Género que autoriza el cambio de nombre y sexo registral de las personas *trans* desde los 14 años en adelante, sin exigir intervención quirúrgica, e incluso estableciendo un procedimiento administrativo para aquellas personas mayores de 18 años sin hijos ni vínculo matrimonial.

¹ Citada en Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2014.

II. SENTENCIA ANALIZADA²

En fallo dividido, la Corte Suprema acogió un recurso de casación y determinó el cambio de nombre y sexo registral de una persona *trans* sin requerir intervención quirúrgica de ningún tipo.

La sentencia de la Corte Suprema establece que, si bien nuestra legislación no regula el cambio de sexo registral respecto a las personas *trans*, la interpretación de las leyes nacionales debe ser efectuada a la luz de los principios constitucionales en concordancia con las obligaciones que el Estado de Chile ha contraído a través de la ratificación de distintos tratados de derechos humanos que, en consecuencia, facultan a los jueces a realizar el cambio.

La sentencia sostiene que, aun cuando nuestro ordenamiento jurídico no regula expresamente esta situación, la interpretación de la normativa vigente conduce a sostener, razonablemente, que no es posible rectificar el nombre de una persona sin que este a su vez corresponda al sexo ahí señalado, de lo contrario la norma del artículo 31 inciso segundo del Registro Civil estaría siendo violentada. En tal sentido, los jueces de instancia cometen un error al señalar que, no existiendo norma que regule y autorice la materia, el cambio de nombre y sexo legal de las personas *trans* ha quedado entregado al criterio personal de cada juez en lo civil que conoce del caso.

Reafirma la sentencia que en cuanto a las personas transgénero, deben ser siempre tratadas con pleno respeto y garantías a sus derechos humanos consagrados en los distintos instrumentos internacionales. Aunque la categoría prohibida de “identidad de género” no esté explícitamente mencionada en los tratados internacionales ratificados por Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos la ha entendido subsumida en “cualquier otra condición social”, tal como lo explicitó en el caso *Atala Riffo* y otras contra Chile. En esta ocasión, la Corte indicó que “la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante ‘OEA’) ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido

² Rol N° 70584-2016. Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los ministros señores Haroldo Brito C., Ricardo Blanco H., señora Andrea Muñoz S. y abogados integrantes señora Leonor Etcheberry C. y señor Rodrigo Correa G.

la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios” (caso Atala Riffo y otras contra Chile, párr. 86). Así, la Corte Interamericana concluye que “la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención” (caso Atala Riffo y otras contra Chile, párr. 91).

En el mismo punto se argumenta que en cuanto a la vigencia de esta interpretación para el Estado de Chile, que la Corte Interamericana es el órgano a quien los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos encargaron la función de aplicación y de interpretación autoritativa del tratado. Por tanto, la interpretación que el tribunal regional le da a la Convención, incluso en la Opinión Consultiva que se cita, tiene carácter de autoritativa para Chile a menos que todos los Estados Partes, mediante un protocolo u otro instrumento que enmiende la Convención, decidan reemplazar esta interpretación autoritativa por su propia “interpretación auténtica”, por lo cual la Corte ha adelantado en este caso su opinión respecto de un tema determinado, el cual, en caso de ser llevado por una situación determinada, se fallaría bajo esos argumentos [...]. Por tanto, queda claro que las obligaciones internacionales que Chile ha contraído abarcan la prohibición de discriminación por identidad de género, incluyendo el derecho a la salud, integridad física y psíquica y la privacidad. En consecuencia, el Estado deberá facilitar el cambio de nombre y sexo registral sin condicionamiento a una intervención quirúrgica o un tratamiento hormonal.

Luego, la Corte Suprema reflexiona que es en estas situaciones donde los principios constitucionales y legales entran en juego en un Estado de derecho, en cumplimiento del mandato del inciso cuarto del artículo 1º de la Constitución, de encontrarse el Estado al servicio de la persona humana, contribuyendo a crear las condiciones sociales para el mayor desarrollo personal de tipo material y espiritual posible. En este tipo de situaciones especiales es donde habrá de primar la faz de la identidad de género, precisamente como eje esencial en el autorreconocimiento como persona singular y frente a la sociedad. En definitiva, si actualmente la ley permite el cambio de nombre y, a la vez, prescribe que el nombre debe ajustarse al sexo, entonces se concluye que todo cambio de nombre debe respetar la realidad que le sirve de parámetro y, si tal realidad se encuentra consignada equivocadamente, debe ser corregido el instrumento respectivo, junto a la modificación del nombre.

Por último, indica que supeditar la sentencia de reasignación sexual a la previa realización de una intervención quirúrgica implicaría una seria incongruencia. En efecto, sería quedarnos en una visión reduccionista que equipara el sexo en términos jurídicos, con solo una de sus exteriorizaciones, en este caso, la presencia de órganos genitales externos masculinos, obviando los mandatos constitucionales y valoraciones legales más importantes en desmedro de la identidad personal del involucrado. Lo anterior es plenamente concordante con jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que declaró que la exigencia de someterse a intervenciones quirúrgicas o tratamiento esterilizador, como requisito para reconocer la identidad de género, viola el derecho a la vida privada y familiar (caso *A.P. Garçon and Nicot v. France*, N° 79885/12, 52471/13 y 52596/13).

La decisión se adoptó con el voto en contra del ministro Ricardo Blanco, quien estuvo por rechazar el recurso de casación en el fondo, teniendo presente que, en su concepto, los sentenciadores no incurrieron en los errores denunciados al rechazar la solicitud de cambio de nombre, toda vez que, de acuerdo con los hechos asentados, correspondía concluir que no concurren los presupuestos previstos en los artículos 1 letras a) y b) de la Ley N° 17.344 y 31 de la Ley N° 4.808, porque el nombre de la persona no debe ser equívoco respecto del sexo y, en la especie, no se acreditó el sexo femenino de la parte recurrente ni su transexualidad por elementos objetivos.

III. INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS SENTENCIAS NACIONALES

Tal como se constata en el resumen previo, la sentencia en cuestión se hace cargo de una realidad social respecto de la cual la legislación nacional no había dado solución hasta el momento de resolverse la casación, y expresa que el asunto sometido a su conocimiento va más allá de un mero cambio de nombre regulado en la Ley N° 17.344, pues dice relación con una situación especial de identidad de género, a partir de lo cual explicita de manera pormenorizada las normas de Derecho Internacional aplicable al caso, esto es, efectúa control de convencionalidad, para darle efectividad al derecho de identidad reclamado.

El control de convencionalidad ha sido definido como “control que emana de las obligaciones jurídicas internacionales en materia de derechos

humanos, determinadas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente aquella del artículo 2º, de adoptar medidas de ‘otro carácter’, las que deben concretar todos los órganos de los estados partes, de oficio, tanto en la emisión como en la interpretación y aplicación del derecho interno, especialmente los órganos jurisdiccionales, lo que debe concretarse conforme al *corpus iuris* internamericano y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, inaplicando y suprimiendo las normas internas incompatibles con el mismo y creando normas jurídicas, conductas y prácticas internas conforme a dicho *corpus iuris*, dentro del marco de las competencias y conforme al procedimiento determinado por el ordenamiento jurídico nacional para cada órgano o autoridad, produciendo un efecto útil respecto del respeto y garantía de los derechos humanos asegurado por dicho *corpus iuris*, cumpliendo de buena fe el objeto y fin del mismo”³. Esto es, que el control de convencionalidad es la concreción jurisdiccional de la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno que, de no cumplirse, traería aparejada la responsabilidad estatal por una posible violación a los derechos humanos involucrados en el caso en cuestión.

Explica la sentencia que el principio o derecho fundamental involucrado es el de no discriminación contenido en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 1.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1), los que incorpora al derecho nacional a través de la regla establecida en el artículo 5º inciso 2º de la Constitución Política de la República, norma que es la base para otorgarle valor de derecho interno de rango superior al Derecho Internacional de Derechos Humanos, y que ha sido destacada por la doctrina como un proceso de “internacionalización” del derecho constitucional y de “constitucionalización” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴. Este tipo de análisis contenido en la sentencia en estudio se ha venido desarrollando desde el año 2004 como

³ NOGUEIRA ALCALÁ (2017).

⁴ FERRER MAC-GREGOR (2012). La internacionalización del Derecho Constitucional de los Derechos Humanos correspondería a aquel proceso que se inicia, progresivamente, tras la Segunda Guerra Mundial y mediante el cual se crean catálogos de derechos humanos y organismos de protección internacional que buscan fortalecer y colaborar con las jurisdicciones nacionales en su labor de promoción y protección de los derechos fundamentales. La constitucionalización

un proceso creciente de recepción sustantiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte de la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema que ha permitido una mejor protección de los derechos humanos, esto es, resolviendo de una manera adecuada cuestiones que se venían resolviendo restrictivamente y dando respuesta a cuestiones hasta ahora no resueltas⁵.

Sin perjuicio, la sentencia no solo cita y se hace cargo de tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes, en los términos que expresamente lo establece el citado artículo 5 de la Constitución Política, sino también a otras normas del Derecho Internacional, entendiendo este como un conjunto normativo compuesto por tratados, declaraciones y la práctica normativa de los tratados que surge de su aplicación por parte de los órganos internacionales de derechos humanos, efectuando un uso sustantivo de este haciéndolo determinante para la decisión del caso.

En este ámbito, el profesor NASH⁶ plantea diversos usos dados al Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la jurisprudencia chilena, los que divide como: concreción de principios; interpretación de derechos consagrados constitucionalmente y legalmente para dotarlos de contenido y alcance; integración de derechos para configurar uno nuevo o con un nuevo contenido; llenar lagunas para el ejercicio jurisdiccional; inaplicar normas que incumplen las obligaciones internacionales del Estado, y límite de los derechos fundamentales. De esta enumeración, a nuestro entender, la comentada sentencia utiliza la normativa internacional con la finalidad de:

a) Concreción de principios: cuando se hace cargo del principio de no discriminación⁷ que se encuentra plasmado no solo en los tratados que se citan en la sentencia, sino también en la Constitución chilena (artículo 19 N° 2), otorgándole contenido al integrarlo con otras normas y expresando que el Estado (en este caso, a través de órgano jurisdiccional en cuestión) deberá facilitar el cambio de nombre y sexo registral, sin condicionamiento

del DIDH, por su parte, se relaciona con la progresiva aplicabilidad del DIDH en el ámbito interno, a través de diversas fórmulas y cláusulas constitucionales.

⁵ NASH y NÚÑEZ (2017).

⁶ Ídem.

⁷ Considerando octavo.

a una intervención quirúrgica, para que efectivamente se encuentre en la posición de cumplimiento de sus obligaciones internacionales contraídas y que abarcan la prohibición de discriminación.

b) Interpretación de derechos consagrados constitucionalmente y legalmente para dotarlos de contenido y alcance: lo señala expresamente en el considerando séptimo, al indicar: “[...] que aun cuando nuestro ordenamiento jurídico no regula expresamente esta situación, la interpretación de la normativa vigente conduce a sostener, razonablemente, que no es posible rectificar el nombre de una persona sin que éste a su vez corresponda al sexo ahí señalado, de lo contrario la norma del artículo 31 inciso segundo del Registro Civil estaría siendo violentada [...]”, y reitera la misma idea en los considerandos décimo y undécimo cuando analiza el contenido de la Ley N° 20.609 y el artículo 1 de la Constitución Política.

c) Integración de derechos para configurar uno nuevo o con un nuevo contenido: en este caso, se refiere al realizar una conexión entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con los derechos constitucionales de manera de “crear” un nuevo derecho u otorgar a los derechos existentes contenidos novedosos. Específicamente, se considera que el fallo aludido configura nuevos derechos, cuando se refiere al “derecho a la identidad” fundado en la autonomía de las personas y cita incluso, para estos efectos, al Tribunal Constitucional, señalando que existe una vinculación entre el derecho a la identidad y la dignidad de las personas⁸, sin que este derecho se encuentre reconocido explícitamente en la Constitución ni tampoco en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

d) Llenar lagunas para el ejercicio jurisdiccional: este uso igualmente lo expresa en el considerando séptimo, al indicar que nuestro ordenamiento no regula expresamente la situación de las personas *trans*, reconociendo que el asunto sometido a su conocimiento no se trata solamente de un cambio de nombre y sexo en la partida de nacimiento de una persona, sino que el reconocimiento de la identidad de una persona *trans* que no tiene respuesta legal concreta en Chile, pero que en virtud del principio de inexcusabilidad los tribunales no pueden negarle tal derecho que sí se encuentra reconocido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como posteriormente detalla.

⁸ Considerando noveno.

IV. RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD COMO DERECHO E INCORPORACIÓN DEL CONCEPTO DE IDENTIDAD DE GÉNERO

Como ya se ha expresado, la sentencia en cuestión se hace cargo de una realidad social no regulada normativamente hasta la época de su dictación⁹ y que corresponde a un grupo históricamente discriminados, esto es, las personas *trans*. Comienza, para estos efectos, definiendo la identidad de género¹⁰ como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”¹¹. Sin perjuicio, aquel no es el único concepto que el Derecho Internacional contempla, puesto que también se ha definido como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”¹².

De esta manera, a partir de dicho concepto el fallo declara que el caso sometido a su conocimiento se trata de una persona transgénero femenina quien pide cambio de nombre y, por ende, el de sexo, la cual no se ha realizado operación de reasignación sexual, habiendo sí efectuado tratamiento hormonal desde hace ya cinco años¹³.

⁹ En septiembre de 2018, el Congreso Nacional aprobó la Ley de Identidad de Género que reconoce el derecho de las personas *trans* mayores de 14 años a cambiar su nombre y sexo registral conforme al género que se identifican sin condicionar a intervenciones quirúrgicas y que estuvo en tramitación desde abril del año 2013. La norma fue promulgada como ley de la República el 28 de noviembre de 2018.

¹⁰ Considerando tercero.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva Oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017.

¹² Preámbulo de los Principios de Yogyakarta.

¹³ En esta parte la sentencia da cuenta, además, de un correcto uso de la terminología ya que se refiere a una persona transgénero (sin intervención quirúrgica) femenina (sexo biológico de hombre identidad de género femenina) y también sobre los tratamientos médicos a los que puede optar una persona *trans*: cirugía de reasignación de sexo (que implica modificación e intervención del cuerpo) y tratamiento hormonal (que produce cambios corporales, pero no implica intervención quirúrgica). Este tipo de conocimientos adquiridos por jueces y juezas para

Luego de esto, y tal como fuese expuesto en el acápite anterior, la sentencia comienza a señalar qué normas del Derecho Internacional son aplicables en este caso, en la que se hace necesario introducir aquellos instrumentos considerados de *soft law*¹⁴, puesto que son estos los que han venido abriendo espacios a la consideración normativa de la discriminación por identidad de género, así la profesora Ximena GAUCHÉ lo expresa: “[...] hoy existe respaldo institucional y jurisprudencial para considerar a la no discriminación como un mandato eje del orden jurídico de derechos humanos. Sin embargo, si bien se puede asumir como fundamento que existen normas abiertas para sancionar toda clase de discriminación, es un hecho cierto que no todos los criterios de discriminación han sido considerados de la misma forma en los desarrollos tradicionales, y si bien cada vez es más abundante la lista de rasgos identitarios que quedan protegidos, sin duda muchos aspectos no reciben real interés normativo por los sujetos internacionales. En esa lógica, varios aspectos referidos a la sexualidad como rango definitorio de identidad del ser humano —específicamente la identidad de género y orientación sexual— quedan fuera de una protección expresa y con ello se coloca en situación desmejorada a personas lesbianas, gays, transgéneros, bisexuales e intersexuales. (LGTBI). Efectivamente, la prohibición de ‘discriminación por sexo’ que leemos en varios tratados internacionales suele hacerse en verdad sinónima sólo de lo que es en realidad el sexo: las diferencias biológicas entre hombres y mujeres...”¹⁵.

De esta manera, con la finalidad de darle contenido al principio de no discriminación los sentenciadores citan la Declaración sobre Derechos

el ejercicio de sus funciones y que no corresponde a cuestiones estrictamente jurídicas, ha sido motivo de diversas investigaciones y, en este caso, en particular existe un texto publicado en Revista Médica de Chile, vol. 143 N° 8, Santiago, agosto 2015, que intenta explicar las motivaciones de los tribunales de justicia para hacerse cargo de la realidad de las personas *trans* incorporando contenido científico, señalando como hipótesis: la empatía judicial, entendiéndola como la capacidad de los jueces de imaginar el padecimiento de otros y la consiguiente apertura a modificar sus criterios interpretativos para acudir en su auxilio, y complementariedad epistemológica entre ciencias del cuidado de la salud y saber jurídico.

¹⁴ Las principales manifestaciones de *soft law* quedan constituidas por las resoluciones no obligatorias de las organizaciones internacionales, el derecho de los actores no estatales y los acuerdos interestatales que no vinculan jurídicamente.

¹⁵ GAUCHÉ MARCHETTI (2012).

Humanos, orientación sexual e identidad de género¹⁶, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 22 de diciembre de 2008 con el voto de Chile, expresando que esta declaración reafirma “el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”, y luego explica que esta decisión ha sido reiterada en varios casos y, más recientemente, la Opinión Consultiva N° 24 sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo de 24 de noviembre de 2017, aludiendo al párrafo 78, cuyo texto reza: “[...] De conformidad con todo lo anterior, teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 71 a 76), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género, así como la expresión de género son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual, su identidad de género y/o su expresión de género...”.

A continuación, incorpora expresamente el derecho a la identidad y explica que el cambio de sexo, que corresponde al hecho debatido en la sentencia, ha sido explicitado por la Corte Interamericana, que se basa en el “derecho a la identidad”, el que, a su vez, se funda en la autonomía de las personas y cuyos distintos aspectos están protegidos bajo varios artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a saber, sus artículos 3, 7, 11 y 13. Tal como lo expresa la sentencia se pronunció la Corte Interamericana en la citada Opinión Consultiva N° 24 señalando en su párrafo 90: “[...] Respecto al derecho a la identidad, esta Corte ha indicado que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona

¹⁶ Considerando octavo.

en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. El derecho a la identidad puede verse afectado por un sinnúmero de situaciones o contextos que pueden ocurrir desde la niñez hasta la adultez. Si bien la Convención Americana no se refiere de manera particular al derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, incluye sin embargo otros derechos que lo componen. De esta forma, la Corte recuerda que la Convención Americana protege estos elementos como derechos en sí mismos, no obstante, no todos estos derechos se verán necesariamente involucrados en todos los casos que se encuentren ligados al derecho a la identidad. Además, el derecho a la identidad no puede reducirse, confundirse, ni estar subordinado a uno u otro de los derechos que incluye, ni a la sumatoria de los mismos. Ciertamente el nombre, por ejemplo, es parte del derecho a la identidad, pero no es su único componente. Por otra parte, este Tribunal ha indicado que el derecho a la identidad se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida privada y con el principio de autonomía de la persona (artículos 7 y 11 de la Convención Americana)...”.

Cita, asimismo, resoluciones adoptadas por la Asamblea General de la OEA sobre el Derecho a la Identidad, dando cuenta, una vez más, que tal derecho se encuentra latamente reconocido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, particularmente, la OEA ha establecido que el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios que facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros.

Todo el análisis que la sentencia hace en torno al derecho a la identidad fue precedido de la incorporación del concepto de identidad de género contenido en la Opinión Consultiva N° 24 y de acuerdo a la Relatoría sobre los Derechos de las Personas LGTBI, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2012.

Reconocido en la sentencia el derecho a la identidad como consagrado en el Derecho Internacional y, por ende, el de identidad de género, se razona en esta acerca de la exigencia realizada por el sentenciador de instancia sobre las intervenciones quirúrgicas e incorpora el contenido de los Principios de Yogyakarta, sobre la aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la

Identidad de Género¹⁷, en especial, el principio número 3, cuando indica que ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género, concluyendo, por lo tanto, que no es procedente dicha exigencia e incluso sería incongruente. En esta parte, la sentencia se anticipó a nuestra legislación sobre identidad de género, puesto que el inciso final del artículo 1 de la Ley N° 21.120 establece: “[...] lo dispuesto en los incisos anteriores podrá o no involucrar la modificación de la apariencia o de la función corporal a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, siempre que sean libremente escogidos...”, y el inciso final del artículo 2 de la misma preceptiva dispone: “[...] en ningún caso el órgano administrativo o judicial, según se trate, podrá exigir modificaciones a la apariencia o a la función corporal del solicitante, a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, para dar curso, rechazar o acoger las rectificaciones referidas en el inciso precedente...”.

Todo este análisis en torno al derecho a la identidad y en especial a la identidad de género como derechos protegidos por el ordenamiento jurídico (nacional e internacional) recurriendo a instrumentos considerados *soft law* es concordante con la reflexiones realizadas por la profesora Ximena GAUCHÉ, en especial cuando señala: “[...] este es un tema de aquellos en que el derecho debe marcar cómo deberían ser las cosas considerando la realidad social y las múltiples valoraciones que de la cuestión se pueden hacer pero que por ahora sólo se quedan en buenas intenciones. Y entre buenas intenciones y no intenciones, mejor sean las buenas intenciones...”¹⁸.

V. INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

A partir del concepto de género surge la metodología de análisis normativo que nos permite visualizar hechos o conductas discriminatorias o que producen desequilibrio entre hombres y mujeres, a lo que se denomina

¹⁷ Los Principios de Yogyakarta fueron presentados, como una carta global para los derechos de las personas LGTBI, el 26 de marzo de 2007, ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra, y Chile se comprometió a aplicarlos en Examen Periódico Universal (EPU) de la ONU en el año 2009.

¹⁸ GAUCHÉ MARCHETTI (2012).

perspectiva de género, la que, al ser aplicada en todos y cada uno de los ámbitos de la vida en sociedad, nos permite examinar sistemáticamente las funciones, las relaciones y los procesos tanto de mujeres como de hombres.

De esta manera podemos afirmar que “[...] trabajar con una perspectiva de género significa, entonces, analizar y comprender los diferentes roles y responsabilidades, relaciones, necesidades y visiones de hombres y mujeres. Es una estrategia, cuyo objetivo es hacer que las preocupaciones y las experiencias de las mujeres y de los hombres se integren en la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las leyes, las políticas y los programas, en todas las esferas económicas, políticas, culturales y sociales, para que, tanto las mujeres como los hombres, se benefician por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. Con esta herramienta conceptual se procura alcanzar la equidad y la igualdad de género...”¹⁹.

Sin perjuicio, con esta metodología no queremos decir que se trate de asuntos en los que solo se vean involucradas las mujeres, puesto que al hablar de género nos estamos refiriendo a la forma cómo se construyen y relacionan hombres y mujeres, de tal manera que el análisis sexo/género resulta útil para entender e interpretar la construcción cultural de la diferencia sexual, situación que no es ajena al caso en cuestión, cuando el centro del análisis ha sido la identidad de género de una persona, específicamente el trato jurisdiccional que le otorgamos a los derechos reclamados por una persona trans y que son acogidos en pro del principio de igualdad y no discriminación. De esta manera se expresa en el Cuaderno de Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias (p. 61)²⁰ del Poder Judicial chileno: “[...] en relación con la inclusión de la perspectiva de género en la administración de justicia, se comprende que es un reto necesario cuya intención debe continuar fortaleciéndose bajo el entendimiento de que este constituye un proceso para asegurar la equidad, la igualdad y la justicia de género en todas las esferas vitales de los seres humanos. Como tal, es un imperativo moral y ético de DDHH que requiere hacerse patente en todas las instituciones del Estado, en especial para la toma de las decisiones y en el caso concreto de la judicatura en la elaboración de las sentencias, con el objeto de garantizar el acceso a la justicia...”.

¹⁹ JUNCA y ROSAS (2007).

²⁰ Este Cuaderno se enmarca dentro de la política de igualdad de género y no discriminación del Poder Judicial chileno e impulsada por la Secretaría de Género de la misma.

En el mismo sentido lo ha dicho la Suprema Corte de Justicia de México²¹, en cuanto a que las y los juzgadores están obligados a resolver los casos relativos a los derechos humanos de las personas LGTB con base en una perspectiva de género y diversidad sexual, esto es, partiendo de una perspectiva que considere la realidad particular que viven las personas por virtud de su identidad de género y orientación sexual. Lo anterior implica detectar y eliminar todas las barreras y obstáculos que discriminan a las personas por estas razones, es decir, considerar las situaciones de desventaja que, por cuestiones de género u orientación sexual, discriminan e impiden la igualdad.

Así, podemos percibir que efectivamente esta sentencia, aun cuando no lo diga expresamente, incorpora la perspectiva de género como metodología de análisis del caso en cuestión, puesto que pone de manifiesto una desigualdad social y normativa respecto de las personas trans, a quienes no se les reconoce ni permite reconocer su derecho a la identidad, siendo víctimas de discriminación frente a herramientas jurídicas como es, en este caso, el cambio de nombre y sexo registral, introduciendo exigencias altamente vulneratorias como lo son las intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual.

Valga recomendar, para estos efectos, el método propuesto como matriz de análisis en el citado cuaderno (p. 90) que señala los siguientes pasos:

I. Identificación del caso: 1. Analizar el contexto en que se desarrollan los hechos; 2. Identificar las partes o sujetos procesales desde las “categorías sospechosas”; 3. Identificar los derechos reclamados o vulnerados; 4. Revisar la necesidad de disponer o no de medidas de protección.

II. Análisis y desarrollo del caso: 1. Actuar con observancia de la debida diligencia judicial para garantizar el acceso a la justicia; 2. Identificar las relaciones de poder en la situación bajo estudio; 3. Identificar y tener en cuenta los roles, estereotipos, mitos y prejuicios que puedan surgir tanto desde la visión del juez como de las intervenciones de las partes; 4. Identificar las manifestaciones sexistas que se presentan en el caso; 5. Establecer si en el caso concurren dos o más discriminaciones (género, raza, sexo, etnia, edad...) por lo que se requiere el análisis de la interseccionalidad.

²¹ Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México, 2014.

III. Revisión de las pruebas: 1. Examinar las pruebas bajo el esquema propio de valoración, en especial las relacionadas con la discriminación o la violencia, dado que a veces no se logra la prueba directa.

IV. Examen normativo: 1. Revisar y aplicar las normas que conciernen al caso, teniendo en cuenta que, en materia de DDHH, discriminación y acceso a la justicia, el marco normativo para el país es amplio; 2. Analizar la aparente neutralidad de la norma a fin de determinar su alcance discriminatorio y evaluar el impacto diferenciado en su aplicación.

V. Revisión de jurisprudencia y fuentes de derecho: 1. Revisar y usar la jurisprudencia, la doctrina jurídica, los principios generales del derecho y los criterios de interpretación jurídica.

VI. La sentencia: 1. Elaborar una decisión (sentencia) en un plazo razonable, con prioridad, dirigida a asegurar la igualdad, la no discriminación y el acceso a la justicia; 2. Elaborar la decisión con tal rigor que conlleve un efecto pedagógico orientado a la transformación cultural y a la no continuidad de conductas discriminatorias y violentas asegurando el acceso a la justicia; 3. Dictar medidas de reparación integral.

BIBLIOGRAFÍA

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2012): “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial* (México, Editorial Porrúa).

GAUCHÉ MARCHETTI, Ximena (2012): “Una mirada a la no discriminación por identidad de género y orientación sexual desde los desarrollos internacionales de soft law”, en *Justicia, Género y Sexualidad. Primer Encuentro Académico*, Santiago de Chile 2009. Disponible en <<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/122733/Justicia-genero-sexualidad.pdf?sequence=2&isAllowed=y>>.

JUNCA SUPA, Jenny Elsa y ROSAS BALLINAS, María Isabel (2007): “Género”, Proyecto de mejoramiento de los servicios de justicia, Perú. Disponible en <<http://pmsj-peru.org/wp-content/uploads/2011/12/genero.pdf>>.

MUÑOZ LEÓN, Fernando (2015): “El reconocimiento legal de la transexualidad en Chile mediante el procedimiento judicial de cambio de nombre. Un caso de complementariedad epistemológica entre medicina

- y derecho”, en *Revista Médica de Chile*, vol. 143 N° 8 Santiago, agosto de 2015.
- NASH, Claudio y NÚÑEZ, Constanza (2017): “Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile”, en *Revista Semestral de Estudios Constitucionales en Chile*, vol. 15, N° 1.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2017): “El control de convencionalidad por los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tribunales chilenos”, en *Revista de Derecho (UCUDAL)*, 2ª Época, año 13, N° 15.

OTROS

- Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la Perspectiva de Género en las sentencias, del Poder Judicial Chileno. Disponible en <http://secretariadegenero.pjud.cl/images/documentos/Eurosocial_PJUD/CBP_CHILE24AGOSTO2018.pdf>.
- Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México (2014). Disponible en <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/PROTOCOLO_DE_ACTUACION_PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE INVOLUCREN LA ORIENTACION SEXUAL O LA IDENTIDAD DE GENERO_0.pdf>.
- Opinión Consultiva Oc-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Rol N° 70584-2016. Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Haroldo Brito C., Ricardo Blanco H., señora Andrea Muñoz S. y abogados integrantes señora Leonor Etcheberry C. y señor Rodrigo Correa G.

