

REVISTA DE ESTUDIOS JUDICIALES

Año 2020 • Nº 6

ediciones
DER



REVISTA DE ESTUDIOS JUDICIALES

Año 2020 - N° 6

REVISTA DE ESTUDIOS JUDICIALES N° 6

© Instituto de Estudios Judiciales

2020 DER EDICIONES LIMITADA

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

info.derediciones.com

www.derediciones.com

ISSN 0719-8779

Primera edición octubre de 2020 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 Bernaldes 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 Schwerter
*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 6 AÑO 2020

PRESENTACIÓN.....	1
ENTREVISTA AL SEÑOR MINISTRO DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA, DON LEOPOLDO LLANOS SAGRISTÁ.....	5
ENTREVISTA A LA SEÑORA JUEZA DE FAMILIA DE OSORNO, DOÑA VERÓNICA VYMAZAL BASCOPÉ.....	13

I. ESTUDIOS JUDICIALES

Deliberación constituyente y judicatura: ¿“hoja en blanco”?	21
<i>Lucas Sierra Iribarren</i>	
La imparcialidad del tribunal en el proceso penal: balance crítico	51
<i>María Inés Horvitz Lennon</i>	
Pandemia e intermediación en cinco preguntas.....	89
<i>Marcela Paz Araya Novoa - Jaime Aníbal Rojas Mundaca</i>	
Estándar de prueba pericial psicológica.....	129
<i>Miguel Morales Dahmen - Norka Del Canto Muga</i>	

II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIALES

Cumplimiento de las sentencias internacionales. El caso Norín Catrimán y otros.....	147
<i>María Angélica Benavides Casals</i>	
Comentario resolución Corte Suprema, AD-1386-2014. Cumplimiento de la sentencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Norín Ca- trimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapu- che) vs. Chile.....	159
<i>Christian Viera Álvarez</i>	
Análisis de la primera sentencia sobre maternidad gestacional subrogada en Chile.....	173
<i>Pilar Maturana Cabezas</i>	

PRESENTACIÓN

En la formación del presente número seis de la *Revista de Estudios Judiciales*, del Instituto de Estudios Judiciales Hernán Correa de la Cerda, la incidencia de los sucesos, acaecidos en nuestro país a partir del 18 de octubre de 2019 y de la pandemia COVID-19 de alcance mundial que aún nos agobia, ha sido, por así decirlo, bifronte o dual.

De una parte, nos hemos visto privados de valiosas colaboraciones que, pese a encontrarse comprometidas y en proceso de elaboración, sucumbieron frente a la dilación que para acometer nuestro trabajo ordinario nos impuso el uso de novedosas herramientas y métodos digitales. No puede soslayarse aquí, además, la significativa inversión de tiempo que hemos debido destinar a compensar la interrupción o decaimiento de servicios de la más variada índole que todos, en mayor o menor medida, necesitamos compensar. Con ello, lamentamos no haber podido desembarazarnos del retardo en la entrega de este volumen, preservando la periodicidad anual, y, a la par, comprendemos los obstáculos que enfrentaron quienes no consiguieron llevar a término sus artículos, comentarios y reseñas.

En las condiciones referidas, sinceramente agradecemos el aporte de María Inés Horvitz Lennon, titulado “La imparcialidad del tribunal en el proceso penal: balance crítico”. Desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, María Inés desarrolla los progresos de la jurisprudencia práctica supranacional que apuntan a robustecer el principio procesal de la imparcialidad judicial, comprensivo de la independencia, más allá de los tradicionales motivos plasmados en los límites a la competencia subjetiva del juzgador que consulta nuestra legislación. A partir de una mirada que nutre el potencial ámbito del control de convencionalidad, se contribuye a dotar de contenido a la imparcialidad objetiva y subjetiva del juzgador como componente del derecho fundamental a la efectiva protección judicial.

Por el mismo motivo esbozado, nuestra gratitud extraordinaria se extiende a los comentarios de jurisprudencia que nos han aportado María Angélica Benavides Casals, Christian Viera Álvarez y Pilar Maturana Cabezas. Las contribuciones de María Angélica y Christian se inscriben en el desafío autoimpuesto para nuestra publicación por promover una discusión amplia

acerca de las implicancias de derecho internacional, derecho constitucional y derecho procesal del laudo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el renombrado fallo *Norín Catrimán y otros vs. Chile* de 2014. Para esta edición hemos contado con una mirada desde el derecho internacional, de la mano de María Angélica, acerca de lo resuelto por la Corte Suprema en los antecedentes administrativos Rol N° 1386-2014. La autora inquiriere sobre cómo debiese cumplirse la referida sentencia supranacional de 2014, honrando el camino que ofrece el derecho interno. La perspectiva de derecho constitucional fue enfrentada por Christian desde la óptica de aquello que implica el íntegro cumplimiento de la sentencia interamericana para la supremacía constitucional y sobre cómo la Corte Suprema, en los antecedentes administrativos citados, eludió retóricamente, como en su momento lo hizo el Tribunal Constitucional español, el formidable problema constitucional que pone de relieve el autor.

Renovaremos, para el número siguiente de esta Revista, el compromiso de ofrecer aportes sobre los alcances del referido fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ahora en el ámbito procesal y especialmente en torno a la elaboración conceptual y doctrinaria que debe promoverse para que nuestro recurso insignia de los procesos reformados, *i.e.*, la nulidad penal y laboral, permita una revisión integral de lo resuelto en la instancia.

El tercer comentario de jurisprudencia, elaborado por Pilar Maturana Cabezas, concierne a un caso de impugnación y reclamación de maternidad, y, en su aporte, la autora desarrolla un análisis desde el derecho a la identidad y el interés superior de las niñas, bajo el marco impuesto por la disciplina del razonamiento o argumentación judicial. Se trata de un estudio certero que, más allá del análisis del fallo sobre el que recae, invita al lector a reflexionar acerca de la complejidad de las implicancias del contrato o pacto de maternidad subrogada y los desafíos que impone a la jurisprudencia práctica.

Recapitulando sobre las circunstancias referidas al inicio de estas líneas, estas, por un lado, acarrearón dificultades que retardaron dar a luz esta publicación, pero, por otro, nos han prologado interesantes aportes. La contingencia, demarcada por las dos severas contracciones de los años diecinueve y veinte aludidas, despertó el interés de la literatura jurídica sobre fenómenos emergentes.

Así, el trabajo “Deliberación constituyente y judicatura: ¿‘hoja en blanco’?”, de Lucas Sierra, a partir de una síntesis de la evolución constitucional chilena desde nos sitúa frente a frente con lo que tenemos, lo

que no tuvimos y lo que podríamos llegar a tener en materia de función jurisdiccional, estructura u organización judicial, estatuto de los jueces y acciones de raigambre constitucional. Para el autor, desembarazarnos del lastre histórico instalado hasta ahora en los mencionados ítems pasa por reducir la regulación constitucional de la judicatura y abrazar su carácter de poder nulo, con todo lo que ello implica.

El artículo “Pandemia e intermediación en cinco preguntas”, de los jueces penales Marcela Araya Novoa y Jaime Rojas Mundaca, representa un destacado esfuerzo por situar a la regla de la intermediación en su justa posición, con lo que sí aporta y con lo que no dispensa en el ámbito de la valoración probatoria, y su significación profunda. El camino está delineado por la relación de la intermediación tanto con auténticos principios procesales como con reglas técnicas de los procedimientos penales. La relevancia y pertinencia de este estudio en el día a día de nuestra labor jurisdiccional en el concierto de la contingencia que nos embarga resultan, a todas luces, incontestables.

La contribución intitulada “Estándar de prueba pericial psicológica”, de los psicólogos forenses Miguel Morales Dahmen y Norka Del Canto Muga, refresca nuestro conocimiento sobre las llamadas pruebas científicas psicológicas. Especialmente interesante es la idea fuerza subyacente acerca de la comunicación entre la judicatura y el experto en lo que debemos conocer y cómo lograrlo. El artículo despierta el interés sobre la convergencia entre saberes y métodos que necesariamente deben dialogar y compatibilizarse para un mejor logrado razonamiento y decisión sobre la valoración de las pruebas científicas. La cuestión estriba en lo que podríamos categorizar como los límites a la fiabilidad de las pericias pese a la imparcialidad debida a la condición institucional de sus autores, conjurando el riesgo de la llamada “parcialidad objetiva”.

Por último, pero no menos relevantes al extremo que vienen a inaugurar el cuerpo de esta publicación, ofrecemos sendas entrevistas al señor ministro de la Excm. Corte Suprema, don Leopoldo Llanos Sagristá, y a la señora jueza de Familia de Osorno, doña Verónica Vymazal Bascopé. Con ambos dialogamos con amplitud suficiente para el conocimiento de sus opiniones y pensamiento, a quienes solo resta agradecer la sincera disposición a contestar nuestras a veces erráticas y otras variopintas preguntas.

El Director

ENTREVISTA AL SEÑOR MINISTRO DE LA
EXCMA. CORTE SUPREMA, DON LEOPOLDO LLANOS SAGRISTÁ

1. **Acerca de su trayectoria:**

a. **¿Cuáles destacaría como los principales hitos de su desempeño en el Poder Judicial antes de acceder al cargo que ostenta?**

Todos los cargos que he desempeñado en el Poder Judicial, desde secretario de juzgado a ministro de Corte, fueron significativos profesionalmente, por cuanto todos aportaron elementos importantes y significaron un aprendizaje; además, pude conocer colegas, superiores y funcionarios que me permitieron tener una mirada amplia de la función de la judicatura, y de todos ellos recibí valiosas enseñanzas. Recuerdo con especial cariño los años en que me desempeñé en La Araucanía, como juez de letras de Nueva Imperial y relator de la Corte de Temuco, aunque todos los otros cargos que ejercí (secretario en Angol y en Los Ángeles, juez civil en Temuco y ministro en las Cortes de Santiago y Temuco) fueron, sin duda, también claves en los aspectos antes mencionados.

b. **¿Qué consignaría como la principal riqueza de este trayecto en el ámbito de la profesión jurídica que abrazó?**

Pienso que la visión humanista en la formación del abogado y su interrelación con otras ramas de las ciencias sociales, le entregan una proximidad bastante directa para empatizar con los problemas de las personas y de la sociedad. Y siendo ese un acervo que se adquiere en la formación de abogado, se potencia y desarrolla aún más ejerciendo la función de juez, de tal modo que quienes impartimos justicia, o hemos intentado hacerlo, gracias a esa visión humanista y amplia, vamos adquiriendo una sensibilidad frente a los problemas personales y sociales que a su vez nos retroalimentan para interpretar el derecho con esos elementos al aplicarlos a los casos concretos que debemos resolver como jueces.

2. **En torno a la delimitación de los ámbitos reservados al legislador y al juez, que en el ámbito de los poderes públicos ha motivado una importante discusión en las últimas décadas:**

a. **¿Considera superada la ideología del legalismo en las decisiones judiciales?**

No completamente, pero se ha avanzado mucho en los últimos 20 o 30 años, de tal modo que hoy, con cada vez mayor frecuencia, los tribunales incorporan otras fuentes del derecho (especialmente los que provienen del derecho internacional de los derechos humanos) para interpretar la legislación interna, y en algunos casos para su aplicación directa.

b. ¿Qué acciones considera pertinentes para su abandono?

Pienso que la ley sigue siendo fundamental para resolver los conflictos a que se avocan los jueces; pero como dije más arriba, hay que interpretarlas en consonancia con los tratados y, en general, hacerlas compatibles con el bloque de constitucionalidad.

c. ¿Estima que los comunicados o vocerías oficiales del Poder Judicial dan cuenta satisfactoriamente a la comunidad del rol que corresponde a la jurisdicción?

Pienso que la información que se pone a disposición del público (noticias, comunicados, microprogramas en internet y redes sociales, transmisión directa de audiencias de mayor connotación, etc.) es una labor en general positiva en aras de la transparencia y el conocimiento de la actuación de los tribunales. Este es un aspecto que ha ido mejorando sustancialmente en los últimos años, y en eso ha jugado un gran papel la Dirección de Comunicaciones del Poder Judicial. Cuando ingresé a este en 1981, era impensable —e incluso era mal visto— que los jueces aparecieran en los medios dando entrevistas o haciendo declaraciones, imperando la lógica de que “los jueces hablan por sus fallos”. En cuanto a las vocerías, es un aspecto que quizá podría mejorarse, porque da cierta rigidez a la entrega de información al público, aunque tiene la ventaja de dar mayor precisión y evitar la dispersión de opiniones, de tal modo que lo que se expresa no provoque confusiones. En todo caso, es una cuestión opinable.

3. Acerca del régimen de la libertad condicional que consulta el Decreto Ley N° 321:

a. ¿Advierte que el instituto referido adolece de cierto extravío en cuanto a su significación jurídica?

Desde luego, y como todas las leyes, no es perfecta; ya ha sufrido demasiadas modificaciones en los últimos tiempos que han tratado de actualizarla, pero no siempre los injertos resultan bien, considerando que es una ley que es del primer cuarto del siglo pasado. Quizá lo que se requiera es un cuerpo legal más moderno, que recoja adecuadamente

la evolución tanto en materia de reinserción y rehabilitación de los condenados como de la necesidad de entregar herramientas reales para que sus fines se cumplan. Por otro lado, se hace necesario la creación de tribunales de ejecución de condenas que resuelvan los conflictos que se susciten en el otorgamiento y aplicación de la libertad condicional.

- b. **¿Considera que avanzar en la determinación de su índole o naturaleza pudiese cambiar las expectativas que la comunidad mantiene sobre la referida institución?**

Pueden cambiar en la medida que se perciba que es un sistema en que se evalúen parámetros objetivos para concederla, que deje poco espacio a la arbitrariedad y a factores subjetivos.

- c. **¿Estima que debiesen recomendarse a las comisiones ciertas reglas básicas de procedimiento orientadas a satisfacer exigencias procesales relacionadas con el derecho a defensa de los postulantes y la sustanciación de las solicitudes, hasta reunir elementos suficientes para expedir un juicio fundado?**

De seguir entregada la concesión de la libertad condicional a las actuales comisiones, estas deben hacer uso de una potestad, pero reglada, que, como dije antes, deje poco espacio a la subjetividad, y que sus decisiones sean debidamente fundadas. Para ello se requiere, entre otras cosas, de evaluaciones por profesionales capacitados –además de otros requisitos– y, desde luego, garantizar el derecho a defensa al resolver los casos.

4. **Según algunos, estamos adentrándonos en un período que se ha venido en denominar “el fin de las reformas” desde que diversos factores, en su época presentes, ya no lo están, como factores para dar cauce al impulso renovador de nuestros procedimientos. En relación con el estado actual de las transformaciones que inciden en la judicatura:**

- a. **Respecto del conjunto de modificaciones normativas denominadas Reforma Procesal Penal, ¿las calificaría como un esfuerzo de política pública concluido, inconcluso, retractado o perfeccionado?**

En algunos aspectos, inconcluso, como la ausencia de los tribunales de ejecución de penas. En lo personal, pienso que muchas de las modificaciones que se han efectuado, en vez de perfeccionar el sistema, lo han apartado de su sentido original.

- b. **¿Cómo aprecia la coexistencia de rasgos procesales anteriores al proceso reformista con los principios y valores de los que este es portador?**

No pienso que, en general, existan en el nuevo sistema aspectos procesales propios del anterior sistema inquisitivo. Quizá lo que subsistió, y que es cuestionable, es que la necesidad de cautela para decretar la prisión preventiva pueda fundarse en la “seguridad de la sociedad”, concepto anacrónico y que es propio de regímenes autoritarios, pero lamentablemente así se encuentra contemplado también en la Constitución. Hay aspectos –en las “reformas a la reforma”– que más bien han significado un retroceso desde el punto de vista de las garantías de los ciudadanos; por ejemplo, el establecimiento de un plazo de hasta doce horas para considerar un delito como flagrante (lo que es un contrasentido), y las amplias facultades de las policías en el control de identidad, que da pie para algunas arbitrariedades, como revelan las numerosas acciones de amparo por este motivo, así como las alegaciones de ilegalidad de detenciones y de ilicitud de la prueba recogida en esas circunstancias, como de recursos de nulidad por vulneración de derechos constitucionales.

c. ¿Estima que las reformas han contribuido al ascenso de un nuevo paradigma de juez?

La actual generación de jueces de base se encuentra, en general, imbuida de los principios de las reformas procesales, los que –pienso– que han sido internalizados adecuadamente. Y ello porque en su mayoría se formaron bajo la vigencia de dichas reformas, siendo importante el rol que ha cumplido la Academia Judicial, que ha relevado la importancia de la protección de los derechos fundamentales.

d. ¿Este paradigma ha conseguido abrirse paso en los tribunales superiores?

Pienso que en la actualidad la mayor parte de las Cortes ha ido adquiriendo mejor sintonía con el sentido de las reformas. Desde luego, ha sido un proceso que ha llevado mayor tiempo que en el caso de los jueces de base, pero no obstante que los ministros en su mayoría se formaron y ejercieron como jueces de los antiguos sistemas procesales –aunque últimamente se ha ido produciendo una renovación generacional–, pienso que las Cortes aplican adecuadamente, en general, las nuevas normas procesales.

5. Dista de haber consenso acerca del rol de la Corte Suprema en nuestro sistema jurídico. En relación con este tópico:

a. ¿Qué funciones asignadas al máximo tribunal estima preponderantes o definitorias acerca de su rol en el ámbito de las decisiones del poder público?

Pienso que la Corte Suprema (y así es lo tradicional en Estados democráticos de carácter unitario) tiene un rol de uniformar la interpretación del derecho, con un sentido prospectivo, que sirva de guía y de certeza en dicha interpretación. Pero, por otro lado, es muy importante su labor “conservadora”, en orden a proteger y amparar derechos fundamentales.

- b. **¿Qué factores considera relevantes para avanzar hacia una nueva mirada de los tradicionales medios de impugnación de conocimiento de la Corte Suprema, esto es, los recursos de casación en la forma y en el fondo?**

Actualmente solo superviven en materia civil, de familia y tributaria, así como en algunos procedimientos especiales contencioso administrativos. En general, la tendencia ha sido, en los procedimientos reformados (penal y laboral), que la Corte Suprema cumpla más bien un rol de unificador de jurisprudencia o de intervención cuando se han vulnerado gravemente derechos constitucionales. También considero que debiera tener la facultad de seleccionar casos o un “certiorari”. Estimo que ese debiera ser el ámbito de competencia de la Corte Suprema, no el de resolver toda clase de conflictos, como ocurre en la actualidad, en que a veces actúa como una tercera instancia, como acontece con los recursos de queja.

6. **¿Qué aspectos de la organización y funciones de la judicatura considera debiesen estar comprendidos en la discusión constituyente en ciernes? ¿Qué riesgos advierte en el concierto de un proceso de cambio constitucional para la independencia judicial?**

Hay varios aspectos que es necesario incorporar al diseño constitucional del Poder Judicial. Es necesario crear un órgano de gobierno autónomo, que se haga cargo de lo relativo a nombramiento y ascenso de jueces y funcionarios, de los lineamientos generales sobre administración y gestión de tribunales, de los aspectos disciplinarios y evaluación de desempeño, y que administre el presupuesto del Poder Judicial, entre otras funciones. En definitiva, que este órgano de gobierno se avoque claramente a lo que no es jurisdiccional, separándolo de la función que es propia de los tribunales, sin perjuicio de que estos participen en dicho órgano. No creo que el proceso de cambios constitucionales pueda significar riesgos a la independencia judicial; al contrario: si se enmarca en el perfeccionamiento de las instituciones democráticas, aquella debe resultar fortalecida.

7. **En relación con grupos tradicionalmente postergados en la sociedad chilena, ¿qué planes o acciones propondría para la revisión del estado actual de las prácticas, hábitos, inercias y tendencias al interior de la organización judicial?**

Debe avanzarse claramente hacia un diseño que fortalezca el acceso a la justicia y que tutele los derechos de todos los estamentos de la sociedad, en especial de los sectores que por razones sociales, económicas, raciales o de cualquier especie hayan tenido mayores dificultades para obtener dicha tutela. Pero ello requiere, junto con cambios institucionales que faciliten la accesibilidad, también capacitar a jueces y funcionarios sobre esas materias.

8. **A usted le ha correspondido desempeñarse en procesos criminales con implicaciones sociales agudas, específicamente en vertientes asociadas al denominado “conflicto mapuche” y causas de derechos humanos. ¿Cuál es su opinión sobre la intervención jurisdiccional frente a la complejidad de tales problemáticas?**

En general, en materia de derechos humanos (dentro de los que se incluye la protección de los derechos de los pueblos indígenas), los tribunales tienen un papel esencial tanto para amparar los derechos fundamentales de todas las personas como para reparar, dentro de sus competencias, todo atentado que implique discriminación o vulneración a la cultura o tradiciones ancestrales de los pueblos originarios, en la medida que ello no signifique, a su vez, vulneración de otros derechos. Respecto del conflicto mapuche, sin embargo, cabe puntualizar que los tribunales no están llamados naturalmente a solucionar estos problemas, sino que deben intervenir solo en la esfera de sus competencias, teniendo en consideración tanto el derecho interno como las normas internacionales sobre la materia.

9. **Desde su desempeño como consejero del Instituto de Estudios judiciales, ¿qué ámbitos de los saberes sobre el derecho debiese alcanzar o profundizar en su oferta de actividades el Instituto? ¿Qué recomendaciones formularía para acercar a más destinatarios a sus programas y actividades?**

Como el derecho es dinámico, con constantes cambios legislativos y jurisprudenciales, la oferta programática del Instituto debiera estar en permanente actualización, pero con una mirada desde los derechos fundamentales establecidos en el bloque de constitucionalidad chileno.

Para abarcar mayores destinatarios, deben aumentarse las actividades presenciales descentralizadas en regiones, con la participación de las asociaciones regionales de jueces y universidades locales (hay experiencias exitosas en ese ámbito), sin perjuicio de incorporar cada vez más actividades *online*.

10. **Desde hace algunos años, la Asociación Nacional de Magistradas y Magistrados ha impulsado profundas modificaciones en materia de nombramientos judiciales, tanto en su régimen jurídico como en el conjunto de hábitos y prácticas asociados a los poderes de nominación o propuestas singulares o plurales de designación.**

a. **¿Qué categoría de cargos judiciales a designar estima que ofrecen en mayor medida puntos críticos en el segmento del proceso en que intervienen los tribunales superiores?**

En general, debe modificarse el sistema de nombramientos en el escalafón primario, incorporando cada vez mayor transparencia (en lo que se ha avanzado en los últimos años) y disminuir elementos de subjetividad, debiendo imperar el mérito de los postulantes a través de evaluaciones objetivas.

b. **¿Qué remedios en cuanto buenas prácticas estaría dispuesto a proponer para enfrentar las dificultades que identifica?**

Todo depende del diseño que en definitiva se determine para el Poder Judicial, de concretarse cambios constitucionales y orgánicos. Pero es evidente que, respecto de los órganos que intervengan en los nombramientos, debe incrementarse la publicidad de los procedimientos de selección (evitando o erradicando las gestiones privadas o reservadas en favor de los postulantes), y establecer un procedimiento de evaluación de desempeño fundado únicamente en factores objetivos, que no tengan que ver con el criterio jurídico del candidato, sino con el cumplimiento de los demás deberes que impone el cargo, aunque también debiera considerarse la experiencia en las funciones jurisdiccionales.

c. **¿Estima que los miembros de los tribunales superiores debiesen abstenerse de intervenir en la formación de ternas o quinas que comprenden a postulantes con quienes mantienen o han mantenido recientemente una estrecha o cotidiana relación laboral?**

Me remito a la respuesta anterior. En la medida que se mantenga el actual sistema de nombramientos, resulta difícil que se prescinda del factor que se indica en la pregunta, en la medida que dicha abstención actualmente no está comprendida en la ley orgánica.

- d. **¿Considera infravalorado el desempeño efectivo de funciones jurisdiccionales en los procesos de concurso para cargos especialmente relevantes?**

El diseño actual iguala, a la hora de concursar, al postulante que desempeña efectivamente funciones jurisdiccionales con quien no las esté cumpliendo por estar en una función auxiliar de la jurisdicción. Pienso que debiera darse mayor relevancia a quien realiza o ha realizado por períodos prolongados la función jurisdiccional, pero ello requiere modificaciones legales.

- e. **¿Cuál sería, a su juicio, el grado adecuado de incidencia política en los nombramientos de jueces?**

Es un tema complejo, en la medida que los jueces derivan de la soberanía en forma indirecta, de tal modo que siempre existirá un componente político en sus nombramientos, desde que el sistema de autogeneración incompleta que existe desde el nacimiento de la República conlleva que el nombramiento lo haga, en definitiva, un órgano político aunque de elección popular. Pero debiera tenderse a su atenuación, en la medida que exista un órgano de gobierno autónomo que nombre a los jueces, aunque con participación mayoritaria de representantes de estos y que durante el periodo en que lo sirvan tengan dedicación exclusiva.

ENTREVISTA A LA SEÑORA JUEZA DE FAMILIA DE OSORNO, DOÑA VERÓNICA VYMAZAL BASCOPE

1. **¿Cuál es su trayectoria gremial? ¿Qué la llevó a integrarse a la Asociación Nacional de Magistradas y Magistrados? ¿Qué avances valora en la organización gremial desde que ingresó y qué conquistas estima aún pendientes?**

Ingresé al Poder Judicial en marzo del año 2002, como secretaria del Juzgado de Letras de San José de la Mariquina; en octubre del mismo año fui invitada a una Asamblea de la Asociación Regional de Magistradas y Magistrados Valdivia-Osorno, e inmediatamente accedí a asociarme. Siempre he valorado la unidad y representatividad de las organizaciones, desde el colegio y la universidad participé en centros de alumnos. Creo que la mejor manera de hacer valer de nuestros derechos y opiniones es a través de organizaciones unidas y representativas, además que ingresé a una regional particularmente activa, con dirigentes que históricamente han destacado a nivel nacional, lo que era muy motivante.

En estos 18 años, he visto cómo la Asociación Nacional de Magistradas y Magistrados ha crecido, consolidando una posición como actor relevante en el debate público, lo que ha permitido canalizar de mejor manera nuestras necesidades, participando en el desarrollo y opinión de proyectos de ley, protocolos que mejoran nuestras condiciones laborales y nuestro desempeño jurisdiccional, siendo una institución considerada a nivel nacional e internacional, invitándola a opinar en diversos proyectos e instancias.

Es necesario continuar avanzando, mejorando nuestras comunicaciones internas, asegurando la participación de asociados y asociadas de todo Chile en las distintas comisiones de la Asociación Nacional de Magistradas y Magistrados, de manera de mantener espacios de discusión y de recopilación de problemas, necesidades y proyectos que nutran al Directorio Nacional de insumos necesarios para una adecuada representación de estos ante el Poder Ejecutivo, Corte Suprema y otros organismos relacionados.

La conquista aún pendiente es la modificación al sistema de Gobierno Judicial, en el que la Asociación Nacional de Magistradas y Magistrados

lleva años trabajando, teniendo estudios y acuerdos de convención, a fin de poder asegurar la independencia interna y externa de los jueces y juezas, garantizando a la ciudadanía la sujeción del órgano jurisdiccional a la normativa imperante, sin ningún tipo de presión.

2. ¿Cuáles identifica como los principales desafíos que enfrenta la gestión de los dirigentes gremiales para los próximos años?

El principal desafío es lograr posicionar las necesidades y proyectos del gremio, aprobados en diversas asambleas generales, en el proceso constituyente que se viene en nuestro país. Es necesario posicionar en el debate público estos acuerdos, instando a modificar el modelo burocrático existente, y asegurar la independencia judicial como pilar fundamental del Estado democrático de derecho.

3. ¿Cuáles son, a su juicio, los principales progresos y rezagos en materia de enfoque de género en el ámbito general de la judicatura? ¿Considera que las medidas adoptadas con ocasión de la pandemia COVID-19 han adolecido de sesgos en este ámbito?

El mayor avance ha sido la visibilización de los problemas y discriminaciones de género existentes en nuestra organización, el reconocimiento de la existencia de una cultura machista en sus miembros que afecta especialmente a las mujeres. Es necesario continuar con el desarrollo y sociabilización de políticas de género, trabajar en la eliminación de normas administrativas y legales, y de procedimientos discriminatorios hacia la mujer y en especial a la que es mujer y madre.

En general, en todo ámbito de nuestra sociedad, no solo al interior del Poder Judicial, las medidas de teletrabajo han aumentado las diferencias y discriminaciones entre hombres y mujeres, teniendo en cuenta la cultura patriarcal y las funciones familiares que se le asignan a las mujeres, por el solo hecho de ser mujer, junto a la poca distribución de funciones al interior de nuestros hogares. Todo ello ha determinado que la doble presencia nos afecte mucho más.

4. ¿Cómo percibe la evaluación en las comunidades del rol de la judicatura de familia?

Creo que hay que diferenciar entre la visión del público en general y la del usuario propiamente tal, ya que el público general ve a esta judicatura muy ligada al Servicio Nacional de Menores y mantiene la creencia de que buscamos “destruir familias o enviar niños al referido Servicio”. Esta opinión difiere bastante de la del usuario propiamente tal, quien

muchas veces llega bastante reticente a nuestra intervención, otras veces con enormes expectativas, más allá de lo que podemos ofrecer, pero que en su mayoría logran comprender la función y reconocer la necesidad de la labor de la judicatura de familia.

Es necesario mejorar el acceso a la justicia, en especial a la justicia de familia, lo que permitirá claramente mejorar la visión que tienen de nosotros. Por ejemplo, el tribunal en que me desempeño tiene jurisdicción sobre cinco comunas, cuatro de ellas rurales, lo que implica un importante desplazamiento hasta Osorno para las audiencias. A propósito de la pandemia se han generado puntos *Zoom*, es decir, lugares de acceso a audiencias vía la referida aplicación, tanto en municipalidades como en organizaciones comunitarias ubicadas en los sectores más alejados, lo que ha sido muy bien recepcionado por los y las encargadas de los mismos y la propia gente que agradece la cercanía, la preocupación por evitar su desplazamiento en locomoción pública y ha mejorado enormemente la eficacia de las audiencias, permitiendo la participación de personas que en tiempos de “normalidad” no habrían comparecido. Ello ha contribuido a mejorar la percepción de nuestra función.

5. **¿Considera que la entidad de los conflictos de competencia de la judicatura de familia es satisfactoriamente valorada por las agencias legislativas y gubernamentales?**

No. Ni siquiera es valorada a nivel de nuestra propia organización. Existe una deuda estatal con la infancia, principalmente con la infancia vulnerada. La demora en la aprobación de la Ley de Garantías, la tan anunciada y necesaria transformación del Servicio Nacional de Menores, son puntos fundamentales. Ahora, a pesar del sinnúmero de promesas de campaña de los distintos gobiernos, los avances han sido nulos, no existiendo ninguna conciencia del efecto de estas falencias en nuestra sociedad.

A nivel del Poder Judicial tampoco se visibiliza la especial carga emocional que tiene para los integrantes de los tribunales de familia las materias que abordamos, la vulnerabilidad de nuestros usuarios, la necesidad de atención personalizada y preferente que implica una disposición y tiempos distintos que, en otras judicaturas, evaluando nuestras cargas con números planos de ingresos, sin diferenciar las necesidades en las cargas.

De hecho, todo el colapso generado por la retención del 10 % del retiro de los fondos previsionales de la Administradoras de Fondos de Pensiones, para pago de deudas de alimentos, ha visibilizado, por primera vez, las graves falencias que en materia de infancia, no solo a nivel Servicio Nacional de Menores, existe en Chile, y ha demostrado, algo tarde, a nuestros superiores, la enorme carga de trabajo que tienen los tribunales de familia, así lo ha declarado tanto la propia vocera como el señor presidente de la Excma. Corte Suprema.

6. ¿Estima que los medios disponibles para la eficacia de las resoluciones en las materias de competencia de los jueces de familia son adecuadas y suficientes?

No. Faltan muchas modificaciones y recursos económicos que permitan generar programas y procedimientos adecuados para la ejecución de las resoluciones en materia de la justicia de familia. Me refiero a herramientas de todo orden: salud mental, intervención psicosocial, educacionales y otras que permitan hacer eficaces y oportunas las medidas que se disponen para proteger a niños, niñas y adolescentes vulnerados. Actualmente, en los programas de reparación de maltrato grave (Organismos Acreditados Colaboradores del Servicio Nacional de Menores) o de salud mental del Servicio de Salud (antes de la pandemia) existían esperas de seis meses a un año, lo que claramente cronifica el daño que intentamos reparar y perpetúa las vulneraciones de derechos. Hay comunas donde no existe ningún programa comunal de intervención del Servicio Nacional de Menores.

La misma retención del 10 % antes referida ha permitido ver el mínimo cumplimiento de las pensiones de alimentos decretadas por los tribunales de familia, siendo insuficientes las medidas de apremio dispuestas por el legislador. Esta problemática hace necesario una reevaluación y perfeccionamiento como hace años insistimos los jueces de familia. Así, un sinnúmero de deficiencias que han sido latamente observadas por organismos internacionales a Chile a las que me remito.

7. ¿Qué iniciativas considera pertinentes plantear en torno al rendimiento o proyección del teletrabajo en el funcionamiento de los tribunales post pandemia?

Una de las medidas más importantes es mejorar el acceso y alfabetización digital de la comunidad. Especialmente el acceso a redes de internet comunitario que posibiliten comparecer por vía remota a las audien-

cias y contactar a todos y todas mediante plataformas tecnológicas, potenciando el uso de correos electrónicos y mensajería vía *WhatsApp* u otras aplicaciones, tanto como mensaje escrito o videollamada, que permita corroborar identidad, para hacer más eficientes y rápidas las notificaciones.

Ante esta contingencia, claramente se necesitará ampliar la dotación de funcionarios, jueces y juezas, de modo que permita afrontar el gran número de audiencias y causas suspendidas en las distintas materias, lo que debiera hacerse a través de dotación extraordinaria y transitoria. En efecto, la tan cuestionada figura del juez destinado será inoperante durante el retorno desde que todos los tribunales deberán afrontar una enorme recarga laboral, siendo imposible destinar.

Es necesario también estar atentos al clima laboral y los efectos en la salud mental en todos los integrantes del Poder Judicial, adoptando políticas efectivas de autocuidado para prevenir ausencias por estrés. Debiendo asegurarse recursos para suplencias, ya que cualquier ausencia afectará gravemente un plan de retorno seguro y efectivo.

8. ¿Qué remedios estima indispensable para emparejar la cancha entre el juez carrerista y el juez que valora su función por sobre el ascenso?

Creo que la eliminación de la carrera judicial, como régimen funcionario establecido a partir de categorías, es la medida indispensable para “emparejar la cancha”, y no solo entre un juez carrerista y otro que valora la función, sino como herramienta para acortar la brecha entre hombres y mujeres al interior del Poder Judicial. Nuestro actual sistema obliga a cambiar de ciudad para poder ascender, a modificar muchas veces de función para mejorar en la categoría, lo que afecta principalmente a las mujeres que por nuestra propia cultura patriarcal renunciamos al ascenso, prefiriendo la unidad familiar y la estabilidad laboral del cónyuge. Es imprescindible establecer constitucionalmente la paridad entre los jueces, sin perjuicio de los reconocimientos que cada uno amerite en función de su trayectoria y logros profesionales.

9. ¿Cómo evalúa la oferta de perfeccionamiento que ofrece la Academia Judicial para los jueces de familia? ¿Qué modelo alternativo de perfeccionamiento profesional sería de su preferencia?

En los últimos años, la Academia Judicial ha mejorado bastante la oferta programática en materia de familia, incorporando incluso una evaluación luego de cada curso. Con el método de capacitación entre

pares se ha permitido incorporar un perfeccionamiento en habilidades blandas muy necesaria en la judicatura de familia. Creo que como modelo alternativo están la observación y retroalimentación entre pares de distintas jurisdicciones que nos permita conocer la forma como otros desempeñan la misma función, compartir experiencias, recibir críticas o evaluación de los propios pares, lo que permitiría, además, tender a homogenizar los procedimientos a lo largo de todo el país.

10. ¿Advierte una dosis significativa de centralismo en la organización judicial? ¿En qué aspectos se evidencia esta problemática?

Sí. Somos una organización bastante centralizada. Todo se decide y se coordina en Santiago; todas las reuniones y coordinaciones se desarrollan en la capital, lo que dificulta enormemente la participación de jueces y juezas de regiones en mesas técnicas y comisiones. Si bien en tiempos normales se permite, en ocasiones, acceder a través de videoconferencia, al encontrarse los demás presencialmente, la participación a distancia no es efectiva. Actualmente, en pandemia, el hecho que todos comparezcamos vía Zoom, cada uno frente a su computador, ha permitido una mayor participación y visibilización de la realidad de regiones, incorporándose en distintas instancias jueces y juezas muy calificados, que antes no podían hacerlo.

A nivel de la misma organización jurisdiccional, solo en Santiago se ha instado la necesidad de especialización en los tribunales de familia, con el proyecto del Quinto Tribunal con competencias exclusivas en vulneración de derecho y violencia intrafamiliar, como si esta necesidad no fuera extensiva a regiones.

11. ¿Cuál sería su mensaje que dirigiría al colega que se incorpora a la Asociación Nacional de Magistradas y Magistrados?

Que este es el momento de integrar y participar activamente en una organización gremial democrática, y que representa al mayor número de integrantes del escalafón primario del Poder Judicial. En el período que se viene, solo una organización representativa, unida y posicionada en el debate nacional nos permitirá establecer nuestras necesidades y requerimientos en el proceso constituyente.

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 horizontal bar.

DELIBERACIÓN CONSTITUYENTE Y JUDICATURA: ¿“HOJA EN BLANCO”?

CONSTITUENT DELIBERATION AND THE JUDICIARY: “BLANK SHEET”?

LUCAS SIERRA IRIBARREN*

RESUMEN: El eventual proceso constituyente en Chile ofrece una oportunidad de mejorar la regulación constitucional de la judicatura. Esta regulación tiene antecedentes antiguos, al menos desde la Constitución de 1828, sino desde antes. Este artículo repasa esta historia a la luz de cuatro materias: función, organización, estatuto de los jueces y acciones. En ellas se observan algunos cambios y varias continuidades. Con este cuadro a la vista, se avanzan algunas propuestas de mejora. Estas se hacen en relación con una forma de entender la idea de “hoja en blanco” que ha sido asociada a la eventual deliberación constituyente. Aquí yace la oportunidad de mejora.

ABSTRACT: The possibility of a constitutional changing process in Chile offers an opportunity to improve the constitutional regulation of the judiciary. This regulation has a long history, at least from the Constitution of 1828 but even before. The paper reviews this history under four subject matters: judicial function, organization, statute of judges and legal actions. This review shows change regarding some aspects and persistence regarding several others. With this analysis in view, some proposals for improvement are advanced. These are made in relation to a way of understanding the idea of a “blank sheet” that has been with the possible constitutional deliberation. The opportunity for improving the constitutional regulation of the judiciary in the way that idea is understood.

PALABRAS CLAVE: Proceso constituyente, regulación constitucional de la jurisdicción, historia constitucional, reforma de la jurisdicción, “hoja en blanco”.

KEYWORDS: Constituent process, constitutional regulation of the jurisdiction, constitutional history, reform of the jurisdiction, “blank sheet”.

* Abogado. Profesor de Derecho en la Universidad de Chile e investigador del Centro de Estudios Públicos (CEP). Agradezco a Andrés Bordalí (Universidad Austral de Chile - UACH) y Lucas Mac-Clure (Boston College) por unas útiles conversaciones y comentarios. Sin embargo, y casi sobra decirlo, los errores u omisiones que mantenga este trabajo son de mi exclusiva responsabilidad. Correo electrónico: lucassierrairibarren@gmail.com.

I. INTRODUCCIÓN

El Comité Editorial de la *Revista de Estudios Judiciales* me ha pedido una reflexión sobre la judicatura y el eventual proceso constituyente. La intentaré en las páginas que siguen.

El proceso constituyente debe iniciarse si en el plebiscito programado para el 25 de octubre de este año 2020 gana la opción apruebo. Escribo esto, sin embargo, en condiciones de gran incertidumbre por la situación sanitaria que afecta a Chile y al mundo. La incertidumbre en estos momentos no solo alcanza al resultado del plebiscito, como es obvio, sino que, también, al hecho mismo de su celebración en esa fecha. Con todo, y para poder cumplir con el encargo que se me ha hecho, asumiré que el plebiscito se realizará en la fecha programada y que ganará la opción apruebo.

La judicatura no parece haber formado una parte muy intensa del debate constitucional desarrollado en los últimos años. Como se recordará, buena parte de ese debate ha estado marcado por el modo de reemplazar la actual Constitución, es decir, por cuestiones de procedimiento, de forma, y menos por contenidos de fondo. Y entre estos últimos, la judicatura ha tenido menos figuración que otros contenidos, como los derechos (en especial los “sociales”), la forma de gobierno o los pueblos originarios.

El año pasado, sin embargo, la dimensión constitucional de la judicatura adquirió renovada relevancia por la discusión en torno a los nombramientos judiciales, en especial para los tribunales superiores. Las excepcionales circunstancias vividas a partir de los sucesos del 18 de octubre de 2019 y, luego, con la emergencia sanitaria de este año 2020, han dejado este debate un tanto suspendido. Con todo, si hay deliberación constituyente, la judicatura va a ser una materia que necesariamente se tocará¹.

Se ha dicho que esa deliberación ha de hacerse bajo la idea de “hoja en blanco”. En este trabajo sostengo que, entendida correctamente, dicha idea abre una oportunidad de mejorar la regulación constitucional de la judicatura. Puede ser una oportunidad de aprender de una larga historia y, al mismo tiempo, de sentirse liberados de ella en ciertos aspectos que se enunciarán.

Para desarrollar este argumento, el trabajo se divide en las siguientes cuatro partes. Primero (1), se caracteriza la regulación constitucional de la

¹ Para dos registros muy completos sobre las distintas propuestas de cambio para la judicatura hechas desde el retorno a la democracia en 1990, véanse MOYANO y FUENZALIDA (2006), y MAC-CLURE (2018).

judicatura hoy, de acuerdo con cuatro materias: función, organización, estatuto de los jueces y acciones. Luego (2), y a la luz de estas cuatro materias, se revisa la regulación de la judicatura en las Constituciones de 1828, 1833 y 1925, es decir, en las antecesoras de la vigente. Después (3), se caracteriza esta evolución constitucional y se proponen cambios pensando en la próxima deliberación constituyente. Por último (4), se concluye.

1. La regulación constitucional vigente

Hoy, el cuerpo central de esta regulación es el Capítulo VI de la Constitución, dedicado al “Poder Judicial”. También está integrada por las disposiciones sobre las acciones cautelares que contempla la Constitución: protección y amparo. Y, también, por disposiciones que regulan la participación de la judicatura en el funcionamiento de otros poderes del Estado y autoridades públicas.

Toda esta regulación puede ordenarse en cuatro materias: función, organización, estatuto de los jueces y acciones. Las cuatro se revisan a continuación:

1) Función: en esta primera parte se encuentran la definición de jurisdicción, la exclusión de otros órganos respecto de ella, la inexcusabilidad de los jueces y la eficacia de sus resoluciones. Todo esto es el contenido del artículo 76:

“Artículo 76.- La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.

Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine.

La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar”.

Al mismo tiempo, sin embargo, el artículo 19 N° 3 inciso 6 señala:

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

Con esto se introdujo la idea según la cual la función determina el órgano, abriendo la posibilidad de que ejerzan jurisdicción órganos que no sean, propiamente, tribunales y que, por lo mismo, carezcan de la arquitectura institucional que se necesita para poseer independencia e imparcialidad.

Corresponde ahora revisar la organización.

2) Organización: esta materia trata del Poder Judicial como organización, lo que comprende el mecanismo de nombramiento de los jueces y, a propósito de esto, de la estructura en cuya cima está la Corte Suprema.

El mecanismo de nombramientos viene, en lo básico, de la Constitución de 1925. Participa en él la judicatura, que propone candidatos en ternas y quinas, y el presidente de la República, que designa. Desde una reforma constitucional a fines de 1997, interviene, además, el Senado, que debe aprobar el nombre elegido por el presidente de la República para la Corte Suprema. Además, esa reforma abrió la Corte Suprema a cinco ministros “externos” o ajenos a la carrera judicial, aunque, claro, preseleccionados en quina por la propia Corte Suprema (art. 78 de la Constitución)².

Asimismo, la Corte Suprema, además, está dotada de la “superintendencia” directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación, a excepción del Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los Tribunales Electorales Regionales. Esto refuerza la estructura nacional, vertical y jerárquica que, como organización, tiene el Poder Judicial (art. 82).

Para el detalle de la organización del Poder Judicial, la Constitución se remite a la potestad legislativa, a la que encomienda “la organización y atribuciones de los tribunales que sean necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”, además de algunas condiciones para los jueces. Esta ley es orgánica-constitucional, y para modificarse debe oírse previamente a la Corte Suprema (art. 77 de la Constitución).

² Para una caracterización de la práctica institucional que se ha desarrollado desde 1990 para la designación de ministros a la Corte Suprema, puede verse HERNANDO y SIERRA (2019), *passim*.

Cabe mencionar aquí que, en su carácter de cima de este poder del Estado, la Corte Suprema también participa en el funcionamiento de otros poderes y altas autoridades públicas. Por ejemplo, su presidente está en el orden de subrogación del presidente de la República electo y en ejercicio (arts. 28 y 29), hace la quina desde la cual dicho presidente elige al fiscal nacional del Ministerio Público con acuerdo del Senado (art. 85) y puede remover a este fiscal nacional como a los fiscales regionales (art. 89), puede remover a los consejeros del Servicio Electoral (art. 94 bis), nombra a los ministros del Tribunal Calificador de Elecciones (art. 95), el presidente de la Corte Suprema integra el Consejo de Seguridad Nacional (art. 106), y cinco ministros de dicha Corte podrán resolver las controversias sobre reglas de procedimiento que se susciten en el eventual órgano constituyente que resulte del triunfo del Apruebo en el plebiscito constitucional programado para el 25 de octubre de 2020 (art. 136)³.

También, y esto especialmente relevante, la Corte Suprema elige tres ministros para el Tribunal Constitucional (art. 92 literal c).

Veamos ahora la tercera materia: estatuto de los jueces.

3) Estatuto de los jueces: en esta tercera parte hay tres cuestiones: la responsabilidad de los jueces, su inmunidad y –aunque no está en el Capítulo dedicado al Poder Judicial– la facultad del Presidente de la República de velar por su conducta ministerial.

En relación con la primera, el artículo 79 establece:

“Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones”.

Por su parte, el artículo 80 dispone:

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

Y agrega que, no obstante, cesarán en sus funciones al cumplir 75 años de edad.

³ La verdad es que esta última norma, como todas las que se incorporaron desde el artículo 130 en adelante, a raíz del acuerdo político de noviembre de 2019, deberían haber ido como disposiciones transitorias y no en el articulado permanente donde –no obstante su carácter tan contingente– finalmente quedaron.

Estas disposiciones deben vincularse con lo dispuesto en el literal c) del número 2 del artículo 52 de la Constitución sobre la acusación constitucional de los magistrados de los tribunales superiores de justicia por “notable abandono de deberes”.

En relación con la inmunidad de los jueces, el artículo 81 de la Constitución dispone:

“Los magistrados de los tribunales superiores de justicia, los fiscales judiciales y los jueces letrados que integran el Poder Judicial, no podrán ser aprehendidos sin orden del tribunal competente, salvo el caso de crimen o simple delito flagrante y sólo para ponerlos inmediatamente a disposición del tribunal que debe conocer del asunto en conformidad a la ley”.

Y, en relación con la facultad del presidente de velar por la conducta de los jueces, el artículo 32 N° 13 señala:

“Velar por la conducta ministerial de los jueces y demás empleados del Poder Judicial y requerir, con tal objeto, a la Corte Suprema para que, si procede, declare su mal comportamiento, o al ministerio público, para que reclame medidas disciplinarias del tribunal competente, o para que, si hubiere mérito bastante, entable la correspondiente acusación”.

Por último, la cuarta materia: acciones.

4) Acciones: la Constitución establece algunas acciones que se pueden entablar ante la judicatura. Por ejemplo, por privación o desconocimiento de la nacionalidad chilena, ante la Corte Suprema (art. 12); la acción para el desafuero de diputados y senadores, ante las Cortes de Apelaciones y para ante la Corte Suprema en apelación (art. 61), y lo mismo en el caso de los futuros gobernadores regionales, delegados presidenciales regionales y delegados presidenciales provinciales (art. 124).

Además, la Constitución establece lo que propiamente puede llamarse como dimensión cautelar de la judicatura, con las acciones de protección y amparo. Estas acciones se interponen antes las Cortes de Apelaciones, y los fallos de estas son apelables para ante la Corte Suprema (arts. 20 y 21)⁴.

Hasta aquí las cuatro materias que componen el Capítulo VI de la Constitución, dedicado al “Poder Judicial”, y en otras normas relacionadas. Esas materias son: función, organización, estatuto de los jueces y acciones. ¿Cuál

⁴ Para un interesante catálogo de las acciones que están consagradas en la Constitución vigente, ver RUIZ-TAGLE (2016), pp. 209-211.

fue el camino que se recorrió para llegar a esta regulación de la judicatura en la Constitución?

En lo que ahora sigue se tratará de contestar esa pregunta por la vía de examinar las Constituciones de 1828, 1833 y 1925. Serán examinadas a la luz de las cuatro materias recién señaladas.

2. *Evolución constitucional*

2.1. *Constitución de 1828*

Tal como ahora, esa primera Constitución “en forma” tenía un capítulo, el IX, dedicado al “Poder Judicial”⁵. Veamos cómo aparecen las cuatro materias.

2.1.1. *Función*

No había, como hoy, una definición de jurisdicción, ni se excluían otros órganos respecto del trabajo de los tribunales. Tampoco había referencias al principio de inexcusabilidad. Como se verá más abajo, la eficacia de las resoluciones judiciales no estaba referida a la judicatura, sino que al gobierno y así se mantuvo por mucho tiempo.

Además de algunos aspectos específicos de la competencia de la Corte Suprema, que se verán más abajo a propósito de las acciones, la Constitución de 1828 establecía juzgados de paz “*para conciliar los pleitos* en la forma que designe una ley especial” (art. 100, énfasis agregado) y añadía:

“En cada provincia habrá uno o más jueces de primera instancia, *para conocer de las causas civiles y criminales* que en ella se susciten, cuyo ministerio será ejercido por letrados según el modo que designe una ley particular” (art. 101, énfasis agregado).

Hasta aquí las referencias a la función de la judicatura. Pasemos a la organización.

⁵ Es interesante el hecho de que también tenía una disposición que hoy no existe, relativa a “la división de poderes”: “El ejercicio de la soberanía, delegado por la Nación en las autoridades que ella constituye, se divide en tres poderes, que son: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, los cuales se ejercerán separadamente, no debiendo reunirse en ningún caso” (art. 22). Esto parece ser revelador del carácter tan fundacional de esa Constitución.

2.1.2. Organización

En esta materia, la Constitución de 1828 se parecía algo más a la vigente. Luego de establecer que “El Poder Judicial reside en la Corte Suprema, Cortes de Apelación y juzgados de primera instancia” (art. 93), agrega en el artículo 94:

“La Corte Suprema se compondrá de cinco Ministros y un Fiscal. El Congreso aumentará este número según lo exijan las circunstancias”.

Y al enumerar las atribuciones del Congreso Nacional dispone, en el numeral 17º del artículo 46:

“Nombrar, reunidas las Cámaras, los miembros de la Corte Suprema:”.

Sobre las Cortes de Apelación, ordenaba que ellas se componían del número de jueces que designara una ley especial (art. 98). Los ministros de estas Cortes se nombraban como se nombran hoy: la Corte Suprema proponía una terna para que el presidente de la República (el “Poder Ejecutivo”, como decía ese texto) nombrara.

Así como el mecanismo de nombramientos a la Corte Suprema, el de los jueces de letras era también distinto del actual. Era un mecanismo acorde con el mayor grado de descentralización que tenía el Estado para la Constitución de 1828. En ese contexto, las Asambleas Provinciales eran unidades muy relevantes. Entre sus funciones estaba la de proponer una terna al presidente de la República para el nombramiento por este de los jueces letrados (art. 114 N° 3)⁶.

Igual que hoy, sin embargo, esa Constitución se refería a los requisitos básicos para ser juez: ser abogado y los años que debían contar en posesión del título. Asimismo, y esto es especialmente interesante, también le daba a la Corte Suprema “superintendencia”. Señalaba textualmente en el artículo 96 N° 10:

“Ejercer la superintendencia directiva, correccional, consultiva y económica sobre todos los tribunales y juzgados de la Nación”.

⁶ La mismo se aplicaba para los intendentes: los nombraba el presidente de la República desde una terna propuesta por las mencionadas Asambleas Provinciales (art. 96 N° 11). Este es un ejemplo interesante que, quizá, se debería haber tomado más en cuenta para la reforma que hace un par de años creó en Chile los gobernadores regionales electos.

El fraseo es idéntico al de hoy. Es posible, sin embargo, que esa superintendencia diera menos poder a la Corte Suprema que el que hoy tiene. Por lo pronto, porque la judicatura solo intervenía directamente en el nombramiento de los ministros de Corte de Apelaciones, los jueces de letras y los ministros de la Corte Suprema eran nombrados por otros poderes. Hoy la organización jerárquica que encabeza la Corte Suprema tiene participación directa en el nombramiento de esos tres niveles de jueces.

2.1.3. Estatuto de los jueces

Sobre esta materia, la Constitución de 1828 tenía algunas disposiciones parecidas a la regulación actual. Por ejemplo, el principio de que los jueces se mantienen en sus cargos mientras tengan buen comportamiento (art. 103):

“Los empleos de miembros de la Corte Suprema, Cortes de Apelación y jueces letrados de primera instancia, serán por el tiempo que dure su buena comportación y servicios. Los que los desempeñen, no podrán ser privados de ellos sino por sentencia de tribunal competente”.

También hacía acusables constitucionalmente a los ministros de la Corte Suprema “por delitos de traición, malversación de fondos públicos, infracción de la Constitución, y violación de los derechos individuales” (arts. 47 N° 2 y 48).

Por su parte, y también de un modo parecido al actual, el artículo 84 N° 5 disponía como deber del “Poder Ejecutivo”:

“Velar sobre la conducta funcionaria de los empleados en el ramo judicial, y sobre la ejecución de las sentencias”.

Pero había algunas diferencias. Por ejemplo, la Constitución no imponía un límite de edad para los jueces.

Hasta aquí el estatuto de los jueces. Ahora, acciones.

2.1.4. Acciones

En lugar de definir jurisdicción, como lo harán las constituciones siguientes, la de 1828 estableció este conjunto de acciones específicas dentro del ámbito de competencia de la Corte Suprema:

“Art. 96. Son atribuciones de la Corte Suprema:

1.a Conocer y juzgar de las competencias entre los tribunales.

- 2.a De los juicios contenciosos entre las provincias.
- 3.a De los que resulten de contratos celebrados por el Gobierno, o por los agentes de éste en su nombre.
- 4.a De las causas civiles del Presidente y Vicepresidente de la República, Ministros del Despacho y miembros de ambas Cámaras.
- 5.a De las civiles y criminales de los empleados diplomáticos, cónsules e Intendentes de provincia.
- 6.a De las de almirantazgo, presas de mar y tierra, y actos en alta mar.
- 7.a De las de infracción de Constitución.
- 8.a De las causas sobre suspensión o pérdida del derecho de ciudadanía, según lo dispuesto en esta Constitución.
- 9.a De los demás recursos de que actualmente conoce, en el entretanto se reforma el sistema de administración de justicia [...]”.

Acto seguido, estableció el siguiente “recurso de súplica” en relación con algunas de esas acciones:

“Art. 97. Se concede el recurso de súplica en todas las causas de que hablan las partes 2.a, 3.a, 4.a, 5.a, 6.a, 7.a y 8.a del artículo anterior. La Corte Suprema, para conocer, se compondrá entonces de los miembros natos y suplentes respectivos”.

Finalmente, una cuestión que también cambiaría en las constituciones siguientes. En el mismo capítulo sobre el Poder Judicial, establecía algunas reglas concebidas como “Restricciones del Poder Judicial”, reglas que hoy están contenidas en la regulación del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, y de la inviolabilidad del hogar y comunicaciones privadas (art. 19 N^{os}. 7 y 5, respectivamente, de la Constitución vigente). Estas eran las Restricciones del Poder Judicial de la Constitución de 1828:

“Art. 104. Todo juez, autoridad o tribunal que, a cualquiera habitante preso o detenido conforme al artículo 13 del capítulo III, no le hace saber la causa de su prisión o detención en el preciso término de veinticuatro horas, o le niega o estorba los medios de defensa legal de que quiera hacer uso, es culpable de atentado a la seguridad personal.

Produce, por tanto, acción popular; el hecho se justificará en sumario por la autoridad competente, y el reo, oído del mismo modo, será castigado con la pena de la ley.

Art. 105. Se prohíbe a todos los jueces, autoridades y Tribunales imponer la pena de confiscación de bienes, y la aplicación de toda clase de tormentos. La pena de infamia no pasara jamás de la persona del sentenciado.

Art. 106. Prohíbese igualmente ordenar y ejecutar el registro de casas, papeles, libros o efectos de cualquier habitante de la República, sino en los casos expresamente declarados por la ley, y en la forma que ésta determina.

Art. 107. A ningún reo se podrá exigir juramento sobre hecho propio en causas criminales”.

Hasta aquí el texto de 1828. Ahora, el de 1833.

2.2. Constitución de 1833

Nuevamente esta Constitución dedicaba un capítulo, el VIII, a la materia que nos interesa. Sin embargo, y esto es interesante, no lo titulaba “Poder Judicial”, sino que “De la administración de justicia”. Tiene, además, algo especialmente interesante: al conferir la superintendencia, no lo hace a la “Corte Suprema”, como lo hizo la de 1828 y volvieron a hacer las constituciones siguientes, sino que dice que habrá “una majistratura a cuyo cargo esté la superintendencia [...]”. En ninguna parte del texto de 1833 se nombra a la Corte Suprema o a las Cortes de Apelaciones. Se habla, en cambio, de “tribunales superiores de justicia.

A continuación, las cuatro materias que se han venido tratando.

2.2.1. Función

A diferencia de la de 1828, esta Constitución sí la define y también hace exclusión de otros órganos. Lo hace en su artículo 108, de un modo que hoy nos suena muy familiar:

“La facultad de juzgar las causas civiles i criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales establecidos por la lei. Ni el Congreso, ni el Presidente de la República pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales, o avocarse causas pendientes, o hacer revivir procesos fenecidos”⁷.

Todavía, sin embargo, no aparece el principio de inexcusabilidad ni alguna referencia a la eficacia de las resoluciones judiciales.

2.2.2. Organización

Esta Constitución estrenó un nuevo mecanismo de designación de jueces. Todos ellos eran designados por el presidente de la República a partir

⁷ Las referencias corresponden a los artículos en el texto original de la Constitución de 1833.

de listas que preparaba el Consejo de Estado a partir, a su vez, de las listas que a estos efectos le proponía la judicatura (arts. 82 N° 7 y 104 N° 2)⁸.

Asimismo, esta Constitución tenía una remisión categórica a la ley, como señala en su artículo 114:

“Una lei especial determinará la organización i atribuciones de todos los Tribunales i juzgados que fueren necesarios para la pronta i cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”.

Como se señaló más arriba, el presidente de la República debía velar por esta pronta y cumplida administración de justicia (art. 82 N° 3).

Además, señalaba en su artículo 112:

“La lei determinará las calidades que respectivamente deban tener los jueces, i los años que deban haber ejercido la profesión de abogado los que fueron nombrados majistrados de los Tribunales superiores o jueces letrados”.

Y agregaba en el artículo 109:

“Sólo en virtud de una lei podrá hacerse innovación en las atribuciones de los Tribunales, o en el número de sus individuos”.

Con los años, esta ley fue la “Ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Justicia” de 1875, un hito en la regulación legislativa de la judicatura en Chile⁹.

Y la “superintendencia” que, como ya se adelantó, fue consagrada así (art. 113):

“Habrá en la República una majistratura a cuyo cargo esté la superintendencia directiva, correccional i económica sobre todos los Tribunales i juzgados de la Nación, con arreglo a la lei que determine su organización i atribuciones”.

⁸ Ahora, el presidente de la República nombra jueces en todos los niveles judiciales. Como se recordará, en la de 1828 no nombraba a la Corte Suprema, esto era facultad del Congreso. La centralización del poder en el cargo presidencial es un rasgo conocido de la Constitución de 1833. Aquí también se puede observar. Al respecto, es interesante un artículo de Andrés Bello publicado en *El Araucano* de fecha 21 de enero de 1837. Reflexionando sobre la independencia del Poder Judicial, escribe: “[...] considerando bien la facultad de juzgar, no es otra cosa que una emanación del poder ejecutivo. Aplicar una ley es el primer paso que se da en su ejecución, y por consiguiente un ramo de la ejecución, dependiente, en mucha parte, de la potestad que tiene a su cargo este último ramo de la administración pública. Así, uno de los políticos más celosos por la independencia del poder judicial no vacila en llamar a los jueces delegados del poder ejecutivo”. BELLO (1982), p. 627.

⁹ Disponible en <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1046698>>.

Esa magistratura, claro, era la Corte Suprema.

2.2.3. *Estatuto de los jueces*

Todavía no hay reglas sobre inmunidad de los jueces. Sí hay, en cambio, sobre su responsabilidad. Aquí, la Constitución de 1833 expresa una cierta continuación de lo que disponía la de 1828, en el sentido de que el principio general es que los jueces se mantienen en sus cargos mientras tengan un buen comportamiento. Así lo establecía el artículo 110:

“Los majistrados de los Tribunales superiores i los jueces letrados de primera instancia permanecerán durante su buena comportación. Los jueces de comercio, los alcaldes ordinarios i otros jueces inferiores desempeñarán su respectiva judicatura por el tiempo que determinen las leyes. Los jueces no podrán ser depuestos de sus destinos, sean temporales o perpetuos, sino por causa legalmente sentenciada”.

Introdujo, asimismo, una regla de responsabilidad que hoy nos suena familiar (art. 111):

“Los jueces son personalmente responsables por los crímenes de cohecho, falta de observancia de las leyes que reglan el proceso, i en jeneral por toda prevaricación o torcida administración de justicia. La lei determinará los casos i el modo de hacer efectiva esta responsabilidad”.

Y continuó una regla cuya base ya estaba en la de 1828: entre las facultades del presidente de la República estaba el “[v]elar sobre la pronta i cumplida administración de justicia, i sobre la conducta ministerial de los jueces” (art. 82 N° 3).

Además, hacía acusables constitucionalmente de una manera que también nos es familiar hoy (arts. 38 N° 2 y 39 N° 3):

“A los majistrados de los tribunales superiores de justicia por notable abandono de sus deberes”.

En lo que inmediatamente sigue, las acciones.

2.2.4. *Acciones*

Esta Constitución redujo la mención de acciones en su texto, limitándolas, básicamente, a la acción de amparo en los siguientes términos:

“Art. 143. Todo individuo que se hallase preso o detenido ilegalmente por haberse faltado a lo dispuesto en los artículos 135, 137, 138 i 139, podrá ocurrir por sí o cualquiera a su nombre, a la majistratura que señale la lei, reclamando que se guarden las formas legales. Esta majistratura decretará que el reo sea traído a su presencia, i su decreto será precisamente obedecido por los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, hará que se reparen los defectos legales i pondrá al reo a disposición del juez competente, procediendo en todo, breve i sumariamente, corrijiendo por sí, o dando cuenta a quien corresponda corregir los abusos”.

Veamos ahora la Constitución de 1925, el antecedente inmediato de la regulación vigente.

2.3. Constitución de 1925

Otra vez la Constitución dedica un capítulo, el VII, al “Poder Judicial”. Sabido es el hecho de que esta Constitución de 1925 reinstaló, con intensidad, el carácter presidencial de nuestro régimen político. Esto se nota en la regulación de la judicatura. En ella se continúan tendencias que venían desde 1828 que, como hemos visto, daban un papel preponderante al presidente de la República frente a la judicatura. Pero con la de 1925, una de ellas se intensifica: el mecanismo de nombramientos judiciales. También introdujo otras novedades, como el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, una promesa incumplida: los tribunales contencioso-administrativos y, en 1970, un órgano que está fuera de la judicatura, pero relacionado con ella: el Tribunal Constitucional. Esto se verá más abajo, al tratar sobre la organización. Antes, la función.

2.3.1. Función

Esta Constitución repetía la oración de 1833 (art. 80):

“La facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República, ni el Congreso, pueden, en caso alguno ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos”.

Esta regla, como sabemos, se va a repetir en la Constitución vigente. Sin embargo, a diferencia de esta, la de 1925 tampoco se refiere a la inexcusabilidad de los jueces ni a la eficacia de sus resoluciones. Este último punto va

a ser especialmente conflictivo entre 1970 y 1973. Esa experiencia ayuda a explicar su regulación actual.

2.3.2. Organización

Como se anunció más arriba, aquí la Constitución de 1925 introdujo un nuevo cambio en el mecanismo de designación de los jueces. Ahora son solo dos los órganos que intervienen: la propia judicatura y el presidente de la República¹⁰. Además, en 1925 se aumentó el detalle regulatorio sobre dicho mecanismo en el texto constitucional. La Constitución vigente siguió y acentuó esta tendencia. El artículo 83 de la Constitución de 1925 (en relación con el art. 72 N° 6) dispuso:

“En cuanto al nombramiento de los jueces, la lei se ajustará a los siguientes preceptos jenerales:

Los Ministros y Fiscales de la Corte Suprema serán elejidos por el Presidente de la República de una lista de cinco individuos propuesta por la misma Corte. Los dos Ministros mas antiguos de Corte de Apelaciones, ocuparán lugares de la lista. Los otros tres lugares se llenarán en atencion a los méritos de los candidatos, pudiendo figurar personas estrañas a la administracion de justicia; Los Ministros y Fiscales de Cortes de Apelaciones serán designados por el Presidente de la República, a propuesta en terna de la Corte Suprema, y Los Jueces Letrados serán designados por el Presidente de la República a propuesta en terna de la Corte de Apelaciones de la jurisdiccion respectiva. Para la formacion de estas ternas se abrirá concurso al cual deberán presentar los interesados sus títulos y antecedentes.

El Juez Letrado mas antiguo de asiento de Corte o el Juez Letrado mas antiguo del cargo inmediatamente inferior al que se trate de proveer, ocuparán, respectivamente, un lugar de la terna correspondiente. Los otros dos lugares se llenarán en atención al mérito de los candidatos”.

La remisión a la ley para otros detalles de la organización es parecida a las antecesoras (arts. 81 y 82):

“Una lei especial determinará la organización y atribuciones de los Tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República.

¹⁰ Este mecanismo se va a proyectar en el tiempo llegando hasta la actualidad, con una modificación para los jueces de la Corte Suprema introducida a fines de 1997. Como se vio al principio de este texto, esta incorporó dos modificaciones: la participación del Senado en su designación y la designación de cinco ministros “externos” o ajenos a la carrera judicial.

Sólo en virtud de una lei podrá hacerse innovación en las atribuciones de los Tribunales o en el número de sus individuos.

La lei determinará las calidades que respectivamente deban tener los jueces, y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas Ministros de Cortes o Jueces Letrados”.

Esta Constitución reprodujo la noción de “Superintendencia” que en lo fundamental venía de los textos anteriores (art. 86, inciso primero):

“La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los Tribunales de la Nación, con arreglo a la lei que determine su organización y atribuciones”.

E innovó en los siguientes tres casos. Uno es la consagración del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en los siguientes términos (art. 86, inciso segundo):

“La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere entre otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación”.

La otra innovación fue el conocimiento de las contiendas de competencia por la propia Corte Suprema (art. 86, inciso final):

“Conocerá, además, en las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales de Justicia que no correspondan al Senado”.

Y la tercera innovación fue la referencia a los tribunales contencioso-administrativos, una promesa, sabemos, que casi un siglo después todavía no se cumple (art. 87):

“Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de lei”.

Dos puntos más para terminar con la organización. Esta Constitución incorporó al presidente de la Corte Suprema en el orden de subrogación del presidente de la República. También estableció el Tribunal Calificador

de Elecciones, con cinco integrantes. Tres de ellos eran integrantes de la judicatura (se definían por sorteo): dos ministros de la Corte Suprema y un ministro de la Corte de Apelaciones “de la ciudad donde celebre sus sesiones el Congreso” (art. 79).

Y algo especialmente interesante: la reforma constitucional de enero de 1970 estableció el Tribunal Constitucional (Ley N° 17.284), antecesor del vigente. Al hacerlo, estableció vínculos con la judicatura. Desde un punto de vista orgánico, porque dos de sus cinco miembros eran designados por la Corte Suprema de entre sus miembros (art. 78 a). Y, también, desde un punto de vista jurisdiccional, conforme lo disponía en el artículo 78 c, en especial su último inciso:

“Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno.

Las disposiciones que el Tribunal declare inconstitucionales no podrán convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate. Resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional, la Corte Suprema no podrá declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia”.

Hasta aquí la organización. Ahora, el estatuto de los jueces.

2.3.3. Estatuto de los jueces

En esta materia hubo bastante continuidad. Se mantuvo el principio del buen comportamiento como condición de la permanencia de los jueces en sus cargos, aunque se agregaron algunas disposiciones que intensificaban el ya mencionado peso relativo del presidente de la República respecto de la judicatura (art. 85):

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

Los jueces, sean temporales o perpetuos, solo podrán ser depuestos de sus destinos por causa legalmente sentenciada.

No obstante, el Presidente de la República, a propuesta o con acuerdo de la Corte Suprema, podrá autorizar permutas, u ordenar el traslado de los jueces a otro cargo de igual categoría.

En todo caso, la Corte Suprema, por requerimiento del Presidente de la República, a solicitud de parte interesada, o de oficio, podrá declarar que los jueces

no han tenido buen comportamiento; y, previo informe del inculcado y de la Corte de Apelaciones respectiva, acordar su remoción, por las dos terceras partes de sus miembros. Estos acuerdos se comunicarán al Presidente de la República para su cumplimiento”.

Estas disposiciones resultaban coherentes con otro principio que, también, venía desde antes, aunque hacen nuevas precisiones, entregándole al presidente de la República (art. 72 N° 4) la tarea de:

“Velar por la conducta ministerial de los jueces y demás empleados del Poder Judicial y requerir, con tal objeto, a la Corte Suprema para que si procede, declare su mal comportamiento, o al Ministerio Público, para que reclame medidas disciplinarias del Tribunal competente, o para que, si hubiere mérito bastante, entable la correspondiente acusación”.

Y, en relación con esto, otra regla que hoy nos es familiar (art. 84):

“Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia de las leyes que reglan el proceso, y, en jeneral, por toda prevaricación o torcida administración de justicia. La lei determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad”.

Asimismo, establecía la posibilidad de acusación constitucional contra los magistrados de los tribunales superiores de justicia por “notable abandono de sus deberes” (arts. 39 N° 1 c y 42 N° 1).

En lo que inmediatamente sigue la última materia: acciones.

2.3.4. Acciones

Como en las demás materias que se han estado examinando, en esta la Constitución de 1925 también es parecida a la Constitución vigente. Así, por ejemplo, establecía la posibilidad de reclamar ante la Corte Suprema por la cancelación de la “carta de nacionalización” (art. 6° N° 2).

También consagraba la necesidad de desafuero de diputados y senadores, en manos de las Cortes de Apelaciones y, en apelación, de la Corte Suprema (arts. 33 y 34).

Y, por supuesto, la acción de amparo:

“Art. 16.- Todo individuo que se hallare detenido, procesado o preso, con infracción de lo dispuesto en los artículos anteriores, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la lei, en demanda de

que se guarden las formalidades legales. Esta magistratura podrá decretar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija”.

Hasta aquí este algo impresionista repaso de las materias constitucionales sobre la judicatura que antecedieron a la regulación vigente. ¿Cómo podría caracterizarse esta evolución? ¿Qué podría cambiarse en ella?

3. Caracterización y propuestas

En primer lugar, llama la atención el hecho de que hay ciertos cambios, pero estos han ocurrido sobre la base de una importante continuidad. Por lo pronto, las cuatro materias básicas en las que puede dividirse hoy la regulación constitucional de la judicatura ya son apreciables en el texto de 1828 y, con creciente claridad, en los que siguieron.

En general, es posible observar un proceso de expansión constitucional, de “constitucionalización”, que, claro, no es exclusivo de la judicatura. En este proceso hay dos materias que exhiben los cambios más notorios al interior de esa continuidad básica. Una es función, la otra es organización.

Al establecimiento de la función como “[l]a facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley [...]”, que viene, como vimos, desde 1833, se agregó en 1980 el principio de inexcusabilidad y la posibilidad de que los tribunales impartan órdenes directas para el cumplimiento de sus resoluciones. Como se mencionó más arriba, en esto último subyace la experiencia vivida en Chile especialmente entre 1970 y 1973, cuando las fuerzas policiales no cumplían resoluciones judiciales contrarias a políticas del gobierno porque los intendentes a su cargo no les impartían las correspondientes órdenes¹¹.

Asimismo, la Constitución vigente expandió el concepto de jurisdicción en el catálogo de derechos constitucionales, al hablar de “[t]oda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo

¹¹ Ver, por ejemplo, AMUNÁTEGUI (2011).

legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos” (art. 19 N° 3). Esto ha permitido introducir una distinción que parece confusa: entre función judicial y función jurisdiccional. La primera sería ejercida por los tribunales que establece la ley. La segunda, por órganos que, como algunos pertenecientes a la Administración del Estado, no son tribunales, porque carecen de las necesarias propiedades orgánicas de independencia e imparcialidad¹².

Otro cambio importante ha ocurrido con la organización. En dos cuestiones, principalmente. Una es el mecanismo de nombramientos judiciales. La otra es el refuerzo de la judicatura como estructura jerárquica y la expansión de la Corte Suprema, como su cabeza, en el escenario institucional.

El mecanismo de nombramientos ha experimentado dos tendencias simultáneas y complementarias: se ha corporativizado y centralizado, especialmente desde el texto de 1925. Es así como los órganos públicos involucrados en los nombramientos judiciales se han venido reduciendo. Bajo la Constitución de 1828 participaban el Congreso, la Corte Suprema, el presidente de la República y las Asambleas Provinciales. Bajo la de 1833, la judicatura (no solo la Corte Suprema), el Consejo de Estado y el presidente de la República. A partir de 1925, solo la judicatura y el presidente de la República. Es cierto que desde 1997 se ha agregado el Senado, pero solo para los nombramientos a la Corte Suprema. Esta es la excepción que confirma la tendencia general hacia el mencionado reforzamiento del carácter corporativo y centralizado de los nombramientos judiciales.

La idea de que la judicatura es una estructura jerárquica está presente desde 1828, en especial en la idea de “superintendencia” y solo se ha venido reforzando¹³. Por ejemplo, en el mecanismo de nombramientos, en el que se premia –al menos normativamente– el criterio de antigüedad de los jueces. Además, la Corte Suprema tiene hoy un papel en la conformación y funcionamiento de varios órganos y autoridades públicas, lo que da la idea de ser la cabeza de una estructura que se despliega bajo ella. Esta idea es contraria al ideal ilustrado esgrimido por MONTESQUIEU en el sentido de que el jurisdiccional es un poder “nulo”, difuminado, que se materializa

¹² Al respecto, ver BORDALÍ (2007a).

¹³ Al respecto, ver HILBINK (2014).

za completo en cada tribunal de la República y no en una sola estructura jerárquica¹⁴.

Como se ve, la regulación constitucional de la judicatura trae consigo una enorme carga histórica. Una carga que puede ser un lastre o puede generar un conocimiento liberador si la experiencia se procesa reflexivamente.

En esto puede ayudar la idea de “hoja en blanco”. Harto se ha hablado de ella, aunque es difícil saber qué exactamente significa. No parece sensato entenderla como pensar desde el vacío, desde una mente que se encuentra en blanco. Así no se puede pensar y, menos, deliberar. Tampoco parece sensato entenderla como la orden de ignorar la historia constitucional chilena, algo parecido a la pretensión de pensar desde el vacío. Quizá lo más sensato y factible es entenderla como un mecanismo de reemplazo constitucional, en el sentido de que el nuevo texto que se apruebe reemplazará enteramente al texto vigente. En otras palabras, si no hay reforma de una cuestión específica del texto vigente, dicha cuestión no sobrevive: el texto vigente deja de ser regla de defecto¹⁵.

Así entendida, la “hoja en blanco” puede ayudar a desembarazarse de algunas partes de la regulación vigente de la judicatura, aprendiendo de la larga historia que ella contiene. Es decir, puede ser una verdadera oportunidad de introducir cambios. ¿Cuáles?

Usaré las materias que se han venido refiriendo para hacer algunas propuestas. No se trata de propuestas detalladas, pero sí de algunas líneas que apuntan sentidos para la reforma. Antes, sin embargo, un par de ideas generales.

En primer lugar, parece conveniente reducir la intensidad constitucional de la regulación de la judicatura. Como se aprecia en lo descrito más arriba,

¹⁴ Al respecto, ver ATRIA (2016).

¹⁵ No hay en el Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución, de fecha 15 de noviembre de 2019, ni en la reforma constitucional que lo siguió, una referencia expresa a la “hoja en blanco”. Lo que más se le acerca, en relación con lo que este trabajo acaba de sostener, es el siguiente punto del Acuerdo: “7. La Nueva Constitución regirá en el momento de su promulgación y publicación derogándose orgánicamente la Constitución actual”. Disponible en <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76280/1/Acuerdo_por_la_Paz.pdf>. Y en la reforma constitucional, lo dispuesto en el nuevo artículo 142 de la Constitución: “[...] Dicho texto será publicado en el Diario Oficial dentro de los diez días siguientes a su promulgación y entrará en vigencia en dicha fecha. A partir de esta fecha, *quedará derogada la presente Constitución Política de la República, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra establecido en el decreto supremo N° 100, de 17 de septiembre de 2005 [...]*” [énfasis agregado].

la expansión que ha venido experimentando esta regulación ha significado un creciente detalle regulatorio. La Constitución debería consagrar las cuestiones más básicas del pacto político, dejando a la ley su regulación detallada¹⁶. Así, en esta como en otras materias, y al decir de Jorge CORREA, al texto constitucional hay que entrarle con “goma de borrar” antes que con lápiz¹⁷. El *quórum* de 2/3 con que se deberá aprobar la nueva Constitución puede ayudar en este sentido. Y un caso concreto aquí, sobre el que se volverá más abajo, es el mecanismo de nombramientos judiciales.

En segundo lugar, y este sería un cambio importante, la Constitución debería consagrar el carácter de poder “nulo” que la jurisdicción tiene en un Estado de derecho democrático. Para esto debería empezar por los nombres: no más “Poder Judicial”. Podría ser, como en el texto de 1833, “De la administración de justicia”. O, mejor aún, “De la jurisdicción” o “De los tribunales de Justicia”. Para llevar este cambio de nombre a la realidad de la regulación, habría que desagregar la arquitectura institucional jerárquica y centralizada que se ha venido configurando con los años. Las propuestas por materias que siguen apuntan en esa dirección.

3.1. *Función*

Hoy la jurisdicción está más definida por la función que por la estructura, lo que ha permitido entender que órganos carentes de los atributos de independencia e imparcialidad (como, en su tiempo, los directores regionales del Servicio de Impuestos Internos) fueran considerados tribunales.

No solo la función de resolver conflictos jurídicamente relevantes transforma al órgano que la ejerce en tribunal, sino que dicho órgano debe satisfacer, además, ciertos requisitos orgánicos. Para esto, la extensión que hoy posee lo dispuesto en el inciso 6 del N° 3 del artículo 19 de la Constitución debiera ser precisada.

¹⁶ Hoy esta ley es orgánica-constitucional, con un *quórum* supramayoritario de 4/7 de las y los parlamentarios en ejercicio y, además, sometida al control preventivo obligatorio por parte del Tribunal Constitucional. A mi juicio, con la única excepción de la ley que regula el sistema electoral, no deberían existir *quórum* supramayoritarios para el ejercicio de la potestad legislativa (aunque sí para el ejercicio de la potestad constituyente). Tampoco debería haber control preventivo de fondo por parte del Tribunal Constitucional. Estas reformas también deberían ser objeto de la futura deliberación constituyente. Para una crítica del carácter y práctica de las leyes supramayoritarias en Chile, puede verse SIERRA (2011).

¹⁷ Así lo expresa en SIERRA (2015), p. 117.

Por otra parte, el principio de inexcusabilidad también debería ser limitado. Como se verá un poco más abajo, parte de esta propuesta es que la Corte Suprema se convierta en un verdadero y exclusivo tribunal de casación. Para cumplir adecuadamente con esta tarea, dicha Corte debería poder ejercer la facultad de *certiorari*. Por lo mismo, la Corte Suprema no debería estar sujeta al principio de inexcusabilidad.

En lo que inmediatamente sigue, algunas propuestas sobre organización.

3.2. Organización

El mecanismo de nombramientos judiciales debe ser mejorado. Como se señaló al inicio de este texto, hasta justo antes de los sucesos del 18 de octubre de 2019 y la emergencia sanitaria que siguió, esta era, quizá, la única materia constitucionalmente relevante de la judicatura sobre la que se estaba discutiendo.

Es así como a fines del año 2018, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos organizó una “Mesa Interinstitucional sobre Nombramiento de Jueces”. Su informe, publicado en enero de 2019, señala en página 15:

“Se recomienda que el diseño institucional concentre, en un organismo colegiado, la facultad de nombrar a quienes deben integrar el escalafón primario del Poder Judicial. La creación de un consejo o comisión de nombramientos debería, a lo menos, hacerse cargo de la definición inicial y actualización de los perfiles de cargo para cada tipo de tribunal y judicatura, del proceso de selección y elaboración de nóminas de candidatos conforme a un *ranking*, y de la designación final. Para ello, debe contar con una secretaría técnica que tenga la capacidad de operativizar estos procesos”¹⁸.

Cualquiera sea el detalle de este nuevo mecanismo de designación, debería responder, simultáneamente, a tres criterios:

- Legitimidad: debe contemplar la participación decisiva de, al menos, un órgano que esté dotado de representación democrática, además de someterse a exigencias de transparencia, publicidad y ecuanimidad en el procedimiento.

¹⁸ Disponible en <<http://www.magistrados.cl/wp-content/uploads/2019/01/Informe-final-mesa.pdf>>. Yo fui parte de esta “Mesa” y suscribí su informe.

- Profesionalismo: que la competencia jurídica –conocimiento y criterio– de los y las candidatas debe poder ser reconocida y evaluada comparativamente, para que se imponga el mérito.
- Independencia: en sus dimensiones externa e interna.

Semejante mecanismo debería constituir un espacio institucional que fomente la deliberación y el discernimiento para designar juezas y jueces. Una forma adecuada para este espacio institucional podría ser un Comité de Selección en el que participen, en mayoría, representantes del Congreso (los propios parlamentarios, probablemente) y del gobierno, y, en minoría, para reducir el riesgo de corporativismo, jueces. También puede haber profesionales, del derecho y de otras profesiones¹⁹.

Asimismo, a la luz del objetivo general de profundizar el carácter de la jurisdicción como poder “nulo”, la “superintendencia” de la Corte Suprema resulta clave. Su existencia centraliza y hace institucionalmente vertical a la jurisdicción. Por esto, la deliberación constituyente es una oportunidad para desagregar las distintas facultades que engloba dicho concepto, las facultades directiva, correccional y económica. Al mismo tiempo, esta reforma debería eliminar la noción de “carrera judicial” según hoy está concebida.

Estas deberían distribuirse entre el Comité de Selección para los nombramientos judiciales recién señalado, una Corte de Justicia de la Magistratura para el control disciplinario²⁰ y un nuevo órgano que, sobre la base de la actual Corporación Administrativa del Poder Judicial y con cierta participación de los jueces, realice las tareas administrativas de la judicatura, elabore sus políticas generales y supervise los servicios auxiliares de la administración de justicia²¹.

Como se ve, aquí no se propone un órgano equivalente a un Consejo Nacional de la Magistratura, sino una dispersión de las tareas que hoy con-

¹⁹ Es extensa la literatura que existe sobre estas materias. Entre ella, por ejemplo, VALENZUELA (coord.) (1991); BARROS (2007); BARROS, MAC-CLURE y SIERRA (2019).

²⁰ Ver, al respecto, BORDALÍ (2007a), p. 79.

²¹ Ver, al respecto, VALENZUELA (coord.) (1991), p. 139. Es interesante apuntar que el propio Pleno de la Corte Suprema acordó en el año 2014 lo siguiente: “Primero. Instar por la separación de las funciones jurisdiccionales de las no jurisdiccionales que ejerce la Corte Suprema. Segundo. La forma de concretar esta separación será mediante la creación de un órgano interno, propio del Poder Judicial, integrado exclusivamente por representantes de todos los estamentos que lo componen”. Disponible en <<http://www.ichdp.cl/wp-content/uploads/declaracion-de-jornadas-2014.pdf>>.

centra la Corte Suprema en distintos órganos. De esta manera, se busca hacer posible que esta alta Corte se concentre en una tarea ineludible: uniformar la interpretación de la ley. Esto es, que sea realmente una corte de casación.

Como consecuencia de este énfasis en el carácter “nulo” del poder jurisdiccional –por la vía de desagregar las distintas facultades de la Corte Suprema y de eliminar la noción de “carrera judicial”–, se debería reevaluar críticamente la participación de dicha Corte en el funcionamiento de otros órganos del Estado. Por ejemplo, en el Consejo de Seguridad Nacional (si este órgano fuese mantenido en una nueva Constitución) o en el Tribunal Constitucional.

A propósito del Tribunal Constitucional, como suele ocurrir en los sistemas jurídicos en que existe, la dualidad de jurisdicciones con competencia constitucional arriesga el peligro de enfrentamiento entre ellas. Es lo que coloquialmente se llama “choque de trenes”. Desde la reforma constitucional que en 2005 traspasó el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad desde la Corte Suprema al Tribunal Constitucional, este también ha sido el caso en Chile²².

Esto ocurre en procedimientos ordinarios y, también, cuando la jurisdicción común ejerce su función cautelar, especialmente por medio de la acción de protección. Una deliberación constituyente es una buena oportunidad para reducir la posibilidad de enfrentamiento entre estas dos jurisdicciones.

Una posibilidad es devolver el recurso de inaplicabilidad a la Corte Suprema. Esta posibilidad, sin embargo, es contraria a un objetivo central de este trabajo que es concentrar a dicha Corte en las tareas de casación. Otra posibilidad es radicar las acciones de amparo y protección en el Tribunal Constitucional. El proyecto de nueva Constitución que dejó la presidenta Bachelet al terminar su mandato en 2018 apunta en este sentido, al establecer una acción para:

“[...] recurrir ante cualquier tribunal ordinario de primera instancia para obtener la efectiva protección frente a tal vulneración y el restablecimiento del derecho lesionado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda impetrar jurisdiccionalmente. De lo resuelto por el tribunal respectivo será apelable ante el Tribunal Constitucional”²³.

²² Ver, por ejemplo, BORDALÍ (2007b) y GÓMEZ (2013).

²³ Disponible en <<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmI-D=12132&prmBoletin=11617-07>>.

Así, la acción de protección termina en el Tribunal Constitucional y no, como hoy, en la Corte Suprema. Es una alternativa interesante: va en la dirección de concentrar la función cautelar en el Tribunal Constitucional, en un solo tren y no en dos que, como hoy, pueden chocar. Pero tiene un problema.

Ese problema es la primera instancia. El proyecto aquí dice “cualquier tribunal ordinario de primera instancia”. Esto augura en el futuro un control difuso que arriesgará el peligro de vulgarizar el sistema jurídico chileno, de hacerlo perder forma. A menos, claro, que se cree simultáneamente una jurisdicción contencioso-administrativa de verdad, bajo el control jurisdiccional de la Corte Suprema.

Sin tener semejante jurisdicción contencioso-administrativa, el control de la Administración del Estado por la vía cautelar y en manos de “cualquier tribunal ordinario de primera instancia”, se hará difuso y tendrá un razonamiento basado en principios, un razonamiento de equidad. La combinación de ambas características envuelve un riesgo cierto de vulgarización. El riesgo de que muchas cosas se resuelvan con el razonamiento menos formalizado de la equidad. Y esta, como sabemos, no es propia de la regulación administrativa, que debe esmerarse justo en lo contrario: en la forma de los razonamientos sujetos a reglas, no a principios.

Si en la deliberación constituyente prospera una idea para la función cautelar como la del proyecto que dejó la presidenta Bachelet en su proyecto, la jurisdicción contencioso-administrativa es necesaria. Y aun cuando dicha idea no prosperara, igualmente se necesita una jurisdicción así, pues si no existe es reemplazada por la acción de protección como equivalente funcional. Esto es negativo, como se viene diciendo, por el carácter del razonamiento que adjudica. Hace ya rato es tiempo de cumplir la promesa que hizo la Constitución de 1925²⁴.

Y aun cuando las acciones de protección y amparo fueran traspasadas a la competencia del Tribunal Constitucional (con alguna primera instancia

²⁴ Varios profesores que participaron en las discusiones contenidas en SIERRA (ed.), (2016), expresaron la conveniencia de establecer un contencioso-administrativo en forma. Así, por ejemplo, PABLO RUIZ-TAGLE (2016), p. 206, propone que se establezcan sobre la base de los actuales Tribunales de Cuentas (p. 206). Y, por su parte, ZÚÑIGA (2016) p. 123, propone que la Contraloría General de la República asuma frente a ellos el papel de Ministerio Público de Cuentas. Ambas propuestas, por supuesto, implican redefinir el ámbito de competencia de la Contraloría General de la República.

por definir), el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad seguirá siendo un espacio para el “choque de trenes”. Por esto, la deliberación constituyente deberá tener especialmente presente esto²⁵.

3.3. Estatutos de los jueces

Sobre el estatuto de los jueces no tengo mucha reforma que ofrecer. Salvo coordinar su responsabilidad con la Corte de Justicia de la Magistratura, que más arriba se propuso como el órgano al cual traspasarle las facultades disciplinarias que hoy están centralizadas bajo la Corte Suprema.

3.4. Acciones

Sobre las acciones judiciales, en fin, habrá que revisarlas teniendo a la vista el objetivo clave ya declarado: convertir a la Corte Suprema en una corte de casación, exclusivamente, que pueda concentrarse en la sofisticada e imprescindible tarea de uniformar la forma en que se entiende la ley. De este modo, la acción por privación o desconocimiento de la nacionalidad chilena, o la que se entabla para el desafuero de autoridades, podrían irse al Tribunal Constitucional.

4. Conclusión

Es posible que Chile se embarque en una deliberación constituyente a partir del próximo 25 de octubre, deliberación que incluirá necesariamente a la judicatura como uno de los contenidos tradicionales de la historia constitucional chilena.

Se ha dicho que esta deliberación se hará desde una “hoja en blanco”. Esto significa que, aprobada una nueva Constitución, el texto de la Constitución vigente desaparecerá. Como se ha visto en estas páginas, subyace en dicho texto una larga historia constitucional en torno a la judicatura. Esta historia se ordenó de acuerdo con cuatro materias: función, organización, estatuto de los jueces y acciones. Ellas exhiben continuidades y cambios.

²⁵ En 2019, un grupo de profesoras y profesores de Derecho conformó el Grupo de Estudio de Reforma al Tribunal Constitucional, y produjo el informe “25 propuestas para un Tribunal Constitucional del Siglo XXI”, disponible en <<https://www.cepchile.cl/documentos/Informe-Final-Grupo-Estudio-Reforma-al-TC.pdf>>. Este informe se debería tener presente al deliberar sobre estas materias.

La idea de la “hoja en blanco” no dice que debamos desatender esta experiencia. Al contrario, parece necesario tenerla en cuenta para, luego de la deliberación, acordar expresamente qué de ella se proyecta al futuro y qué se cambia. Este trabajo ha intentado entregar antecedentes para esto.

BIBLIOGRAFÍA

- AMUNÁTEGUI, Andrés (2011): “El protagonismo político del Poder Judicial entre los años 1965 y 1973”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVI, 1^{er} Semestre.
- ATRIA, Fernando (2016): *La forma del derecho* (Madrid, Marcial Pons).
- BARROS, Enrique (2007): “Reformas judiciales pendientes. Algunas ideas para facilitar la discusión”, en *Puntos de Referencia* N° 282, Centro de Estudios Públicos (CEP). Disponible en <https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304094216/pder282_barros.pdf>.
- BARROS, Enrique *et al.* (2019): “Nombramientos judiciales como política de Estado”, en Centro de Estudios Públicos (CEP). Disponible en <<https://www.cepchile.cl/cep/opinan-en-la-prensa/enrique-barros/nombramientos-judiciales-como-politica-de-estado>>.
- BELLO, Andrés (1982): “Independencia del Poder Judicial”, en *Obras completas de Andrés Bello*, XVIII, 2^a edición (Caracas, Fundación La Casa de Bello).
- BORDALÍ, Andrés (2007a): “Análisis crítico de la función e independencia judicial en el Derecho chileno”, en COUSO, Javier y ATRIA, Fernando (eds.), *La judicatura como organización* (Santiago, Expansiva e Instituto de Estudios Judiciales).
- (2007b): “La unidad en la interpretación jurisdiccional de los derechos fundamentales: una tarea pendiente en el derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 3. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000300008>.
- GÓMEZ, Gastón (2013): *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales).
- HERNANDO, Andrés y SIERRA, Lucas (2019): “El nombramiento de ministros a la Corte Suprema: Caracterización de una práctica (1990-2019)”, en

- Puntos de Referencia* N° 501, Centro de Estudios (CEP) (digital). Disponible en <www.cepchile.cl/cep/site/docs/20190118/20190118132757/pder501_lsierra_ahernando.pdf>.
- HILBINK, Lisa (2014): *Jueces y política en democracia y dictadura: Lecciones desde Chile* (D.F., FLACSO México).
- MAC-CLURE, Lucas (2018): “Reformas a la justicia 2006-2017”, en *Serie Debates de Política Pública* N° 27, Centro de Estudios Públicos (CEP). Disponible en <https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20180129/20180129102359/dpp_027_enero2018_lmclure.pdf>.
- (2019): “Nombramientos de ministros de las cortes de apelaciones y de la Corte Suprema: Síntesis y sistematización de su regulación”, en *Debates de Política Pública* N° 32, Centro de Estudios Públicos (CEP). Disponible en <https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20190523/20190523170012/dpp_032_lmclure_mayo2019.pdf>.
- MOYANO, Gonzalo y FUENZALIDA, Pablo (2006): “Reforma a la justicia: período 1990-2006”, en *Documento de Trabajo* N° 364, Centro de Estudios Públicos (CEP). Disponible en <https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20170803/20170803114910/gmoyano_pfuenzalida_reforma_a_la_justicia.pdf>.
- RUIZ-TAGLE, Pablo (2016): “Propuesta inicial sobre régimen jurisdiccional”, en SIERRA, Lucas (ed.), *Propuestas constitucionales. La academia y la cuestión constitucional en Chile* (Santiago, CEP).
- SIERRA, Lucas (2011): “La supramayoría en la potestad legislativa chilena como anomalía democrática”, en SIERRA, Lucas y MAC-CLURE, Lucas, *Frente a la mayoría: leyes supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile* (Santiago, CEP, CIEPLAN, Libertad y Desarrollo y Proyectamérica). Disponible en línea: <https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304095718/libro_Frente-a-las-mayorias_web_LSierra-LMacClure.pdf>.
- (ed.) (2015): *Diálogos constitucionales. La academia y la cuestión constitucional en Chile* (Santiago, CEP).
- VALENZUELA, Eugenio (coord.) (1991): *Proposiciones para la reforma judicial* (Santiago, CEP). Disponible en <https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304092816/proposiciones_para_la_reforma_judicial.pdf>.

ZÚÑIGA, Francisco (2016): “Otras propuestas sobre forma de estado”, en SIERRA, Lucas (ed.), *Propuestas constitucionales. La academia y la cuestión constitucional en Chile* (Santiago, CEP). Disponible en <https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160707/20160707132258/libro_propuestas_web.pdf>.

LA IMPARCIALIDAD DEL TRIBUNAL EN EL PROCESO PENAL: BALANCE CRÍTICO

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

MARÍA INÉS HORVITZ LENNON*

Al inolvidable maestro Julio B. Maier

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

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

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

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

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

¹ BECCARIA (1774), cap. XVII.

² Ídem.

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

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

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

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

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

⁵ Cfr. HORVITZ (1998), pp. 79 y ss.

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

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

1. *Independencia e imparcialidad*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹² MEDINA (2005), pp. 293 y ss.

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

¹⁴ MEDINA (2005), pp. 294 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

²⁰ HORVITZ (2007), pp. 127 y ss.

²¹ ATRIA (2007) pp. 35 y ss.

²² HORVITZ (2007), p. 130.

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

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

2. *La imparcialidad del tribunal*

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

²⁴ HORVITZ (2007), pp. 129 y s.

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

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

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

²⁸ *Ídem.*

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

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

²⁹ *Vid.* MEDINA (2005), p. 300.

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

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

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

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

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

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

³⁴ FERRAJOLI (1995), p. 580.

³⁵ FERRAJOLI (1995), p. 581.

³⁶ FERRAJOLI (1995), p. 582.

³⁷ FERRAJOLI (1995), p. 583.

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

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

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

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

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

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

ción, manteniendo el equilibrio entre las partes, garantizando el respeto del principio de la contradicción⁴². Y ello porque “[l]a confianza y el respeto hacia la magistratura son las garantías de la eficacia del sistema jurisdiccional: los justiciables perciben la conducta del juez en su actividad profesional como un factor esencial de la credibilidad de la justicia”⁴³. Por su parte, el principio N° 2 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura señala que “[l]os jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”⁴⁴.

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

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

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

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

⁴⁵ Sentencia de 9 de agosto de 2000.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁶ Sentencia de 15 de diciembre de 2005.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁸ Sin embargo, en el fallo de la CIDH *Atala Riffo c. Chile*, de 24 de febrero de 2012, recaído sobre una controversia de derecho de familia, aunque la Corte concluyó que se vulneró el artículo 24, en relación con los artículos 19 y 1.1. de la Convención Americana, por discriminación en razón de orientación sexual (párrafos 150 y ss., esp. 155) no consideró infringido el art. 8.1 CADH en su vertiente del derecho a un tribunal imparcial en relación a la actuación de la Corte Suprema en el fallo del recurso de queja. Contradictoriamente a nuestro juicio, sí consideró vulnerado tal derecho en relación a la visita extraordinaria dispuesta por la Corte de Apelaciones de Temuco para investigar supuestas irregularidades administrativas atribuidas a la jueza Atala (cfr. párrafos 235 y ss.). En efecto, en el párrafo 235 se deja constancia “[...] que era discriminatorio incorporar en la investigación disciplinaria la orientación sexual o la relación de pareja de la señora Atala, por cuanto no existía relación alguna con su desempeño profesional (supra párr. 221) y por lo cual tampoco existía fundamento para concluir que la orientación sexual de la señora Atala podía derivar en una falta disciplinaria. Sin embargo, en el informe de la visita al sitio de trabajo se determinó, con relación a la orientación sexual de la señora Atala, que los

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

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

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

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

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

⁷⁰ Sentencia de 17 de septiembre de 1997.

⁷¹ Sentencia de 30 de mayo de 1999.

⁷² Sentencia de 16 de agosto de 2000.

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

⁷⁴ Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

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

⁷⁶ Sentencia de 6 de diciembre de 2001.

⁷⁷ Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

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

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

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

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

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

⁸² Vid. HORVITZ (2020), en prensa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y más adelante añade:

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

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

⁸⁷ Mensaje del Código de Procedimiento Penal de 1906.

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

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

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

⁸⁹ HORVITZ (2007), pp. 127 y ss.

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

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

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

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

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

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

⁹³ BINDER y OVANDO (2004), p. 614.

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

⁹⁵ Disponible en línea: <<https://www.latercera.com/la-tercera-domingo/noticia/caso-cascadas-la-inedita-y-reservada-denuncia-de-un-juez-que-complica-al-tribunal/TJUY7B2FLZFI-VZOU4IVYZXMX4/>>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹¹ SCHÜNEMANN (2007), p. 114.

¹¹² Ídem.

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

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

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

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

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

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

IV. LA JURISDICCIÓN MILITAR

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

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

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

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

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

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

¹²¹ Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 134

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²⁹ Artículo 37 N° 3 del CJM.

¹³⁰ Ídem.

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

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

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

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

un oficial general en servicio activo de dicha institución.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³⁹ *Almonacid c. Chile*, párrafo 82.21.

¹⁴⁰ *Almonacid c. Chile*, párrafo 82.23.

¹⁴¹ *Almonacid c. Chile*, párrafo 130.

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

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

BIBLIOGRAFÍA

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

¹⁴² *Almonacid c. Chile*, párrafo 134.

¹⁴³ MEDINA (2005), p. 301.

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

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

PANDEMIA E INMEDIACIÓN EN CINCO PREGUNTAS

PANDEMIC AND INMEDIACY IN FIVE QUESTIONS

MARCELA PAZ ARAYA NOVOA*
JAIME ANÍBAL ROJAS MUNDACA**

RESUMEN: En el presente artículo los autores abordan la intermediación poniendo el acento en la sobredimensionada concepción que se le atribuye a este principio, lo que se ha visto acrecentado hoy en día por la imperiosa necesidad de realización de las audiencias de juicios orales a través de plataformas virtuales. En este marco se pretende reubicar a la intermediación en el lugar que le corresponde en el sistema racional de valoración probatoria y relevar su interrelación con los otros pilares estructurales del modelo, analizando, además, su vinculación con la prueba directa y la exigencia de motivación, para finalmente, dar cuenta de su compatibilidad con la forma de operar que la pandemia nos ha ineludiblemente impuesto.

ABSTRACT: In this article the authors address immediacy by emphasizing the over-dimensioned conception attributed to this principle, which has been increased nowadays by the imperative need to conduct oral trials through virtual platforms. In this framework, it is intended to relocate said principle in its rightful place in the rational system of evidentiary assessment and to expose its interrelation with the other structural pillars of the model; analyzing, in addition, its link with direct evidence and the requirement of reasoned judgment, to lastly account for its compatibility with the procedures that the pandemic has inescapably imposed on us.

PALABRAS CLAVE: Intermediación, valoración racional, videoconferencias, motivación.

KEYWORDS: Immediacy, rational valuation, videoconference, justification.

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción, magíster en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Austral de Chile y Doctora en Derecho por la Universidad de Girona en España. Profesora de Derecho Probatorio y Problemas Probatorios en el Proceso Penal en la Universidad Austral de Chile, sede Puerto Montt, y jueza de garantía en la misma ciudad. Correos electrónicos: mparaya@pjud.cl y marcela.araya@uach.cl.

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile y magíster en Derecho Penal por la misma universidad. Profesor de Derecho Penal en la Universidad Santo Tomás, sede Puerto Montt, y juez del Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt. Correos electrónicos: jarojas@pjud.cl y jaimeochoa@santotomas.cl.

I. INTRODUCCIÓN

El tránsito temporal y el constreñimiento espacial que, a causa de la pandemia, nos ha tocado enfrentar en estos meses de obligado encierro, han vuelto probable lo improbable, transformando la excepcionalidad de la regla contenida en el inciso penúltimo del artículo 329 del Código Procesal Penal, tributaria de la forma y modo en que prestan declaración los testigos y peritos en la audiencia de juicio oral por sistema de videoconferencia, en una regla de aplicación general, tensionando así su contenido y hermenéutica como blasón del derecho a defensa, a contrainterrogar, a conocer la prueba de cargo, entre otros y, por supuesto, del que pretendemos hacernos cargo en lo sucesivo: del sacro santo principio o garantía de inmediación.

En efecto, entre todas las garantías que se presumen amagadas con la declaración de testigos y peritos, y en general con la incorporación de los demás elementos de juicio durante el desarrollo de una audiencia de juicio oral por sistema de videoconferencia, es el de inmediación, el que ha ocupado un lugar preponderante en las alegaciones de la defensa, privilegiándose en el despliegue de argumentos, la consideración de que el testimonio que se recibe por dicha vía, impide al juez estar conectado con el testigo en forma directa, ya que no puede ver los movimientos de quien depone, su singular estado de ánimo, el nerviosismo que pudiere tener, y toda una gama contextual que escapa a la observación en dos dimensiones. El mismo reproche es el que recibe la incorporación de los demás elementos de juicio, como fotografías, planos, videos y un largo etc., que, bajo la nomenclatura de “otros medios de prueba”, suelen incorporarse hoy en día “compartiendo pantalla”.

En lo que sigue, no pretendemos agotar, como adelantamos, el amplio número de objeciones planteadas a los juzgamientos por este sistema, pero sí dar cuenta del voluntarismo que trasunta algunas de estas alegaciones. En forma preferente suele afirmarse que el juzgamiento penal requiere de un juzgador que esté en el *iter* del juicio oral, apreciando presencialmente —en tres dimensiones— los elementos de juicio, pues de esa conexión viva deviene necesariamente la corrección en la decisión del caso. Es en este contexto que nuestros esfuerzos se dirigirán a desmitificar el verdadero dogma tejido en torno a la inmediación y a articular una concepción de la misma que le devuelva su verdadero significado como pilar estructural de un sistema cognoscitivo de valoración probatoria, como es el contemplado en nuestro Código Procesal Penal.

Si bien uno de los cuestionamientos a la justicia virtual que se deja ver con mayor robustez es el supuesto quebranto a la intermediación vinculado al derecho a comunicarse el defensor libremente con el acusado, consagrado en el artículo 327 del Código adjetivo penal, más allá que su contenido y desarrollo exceden este trabajo, solo podemos afirmar que ello es técnicamente posible, mediante *salas privadas de conferencia*, en cualquiera de las plataformas que existen. Es cierto que la virtualidad no puede suplir al “cuchicheo” entre defensor y acusado, pero ello no permite predicar la conculcación de dicho derecho, antes bien, la relevancia del mismo debe ser correctamente conectada con lo dispuesto en los artículos 227 y 228 del Código citado—obligación de registro— que imponen la nula posibilidad de incorporación de elementos de juicio que no se hayan develado en forma previa, derivación necesaria del derecho a conocer la prueba de cargo y que, en esta medida, debió ya haberse considerado cuando defensa material y defensa técnica delinearon su teoría del caso y estrategias para soportar el *ius puniendi* estatal.

Es de rigor, para avanzar en este análisis, efectuar ineludiblemente dos advertencias:

La primera es que toda decisión judicial está compuesta por dos premisas: la premisa fáctica y la normativa, por lo que se afirma que este tipo de decisión está internamente justificada “si la norma individual que es el resultado decisivo (*i.e.*, la decisión producto) se sigue deductivamente de la conjunción de una premisa mayor, normativa, y una premisa menor, fáctica”¹. Pero también se sostiene que la justificación interna solo nos proporciona criterios de corrección formal, que se desentienden de consideraciones materiales y, amén de ella, se contempla como imperativo insoslayable la justificación externa.

La premisa normativa carece de valor de verdad, pues las normas solo son válidas o inválidas; en cambio, de la premisa fáctica es dable predicar su verdad o falsedad, “pues se trata de un enunciado expresivo de una proposición empírica”². Entonces, la justificación externa de cada una obedecerá a razones de distinta índole. Tratándose de la justificación de la premisa fáctica, dependerá de la solidez o robustez epistémica de las razones en favor de determinado enunciado o proposición sobre los hechos del caso.

¹ DEI VECCHI (2018), p. 712.

² DEI VECCHI (2018), p. 714.

Pues bien, es aquí donde se centra el presente trabajo, en el papel que juega la intermediación en la justificación externa de la *quaestio facti*, por lo que es clave puntualizar que será estudiada en el marco del sistema racional de valoración probatoria, en los que la práctica de la prueba se verifica en audiencias concentradas, orales y públicas, las que hoy, como se adelantó, se están realizando forzosamente y, a fin de lograr el distanciamiento social inevitable por razones sanitarias, a través de videoconferencias.

La segunda advertencia es que resulta insoslayable señalar que a pesar que la doctrina se refiere a la intermediación como “principio”, no existe claridad respecto de su naturaleza jurídica, de modo tal que, si bien en este trabajo nos referiremos a la materia concernida de dicha forma, la utilización del vocablo “principio” es neutra y la tomamos de algunos autores que la caracterizan de esta manera, pero igualmente será mencionada como garantía o sin apelativos, indistintamente. Se ha reflexionado en torno a ello que “[l]a escasa regulación que recibe la intermediación en las normas procesales, su diferente alcance en el proceso civil y en el penal, la diversidad de definiciones que los autores han dado de esta garantía, muestra que la primera dificultad con que nos encontramos es determinar la naturaleza de esta figura jurídica, concretar si realmente estamos ante un principio del proceso, una forma procesal, una garantía de las partes o incluso una institución de la que forman parte todos estos aspectos”³.

II. PRIMERA PREGUNTA: ¿QUÉ ES EN RIGOR LA INMEDIACIÓN?

Efectuadas las necesarias advertencias anteriores y, atento a las críticas y clamores que, según se señaló, se oyen por estos aciagos días, creemos que quizá el mejor acercamiento a este principio sea reconociendo que existen al menos dos formas de entenderlo. La primera, conforme a la cual la intermediación —a través el contacto directo del órgano decisor con los medios de prueba— provoca en este un conocimiento instantáneo, mágico e inefable que solo a él le pertenece y que, por lo tanto, no puede ser verbalizado, permaneciendo en el ámbito de su inexpugnable íntimo convencimiento. Conceptualizado y entendido de esta manera, el principio de intermediación se erige en un verdadero método para valorar las pruebas y, conforme a este

³ HERRERA (2006), p. 3. En todo caso, dilucidar este problema escapa a los márgenes y objetivos de este trabajo.

predicado, la decisión sobre los hechos ocurrirá en contacto directo con el elemento de juicio.

Frente a esta concepción existe otra que predica que la inmediatez es solo una técnica para la valoración probatoria, que exige la presencia ininterrumpida del juez y de los demás intervinientes, en la práctica de la prueba, de lo que se deriva que solo se podrá considerar a efectos de la decisión de hechos probados la rendida en la audiencia de juicio oral y, además, que la causa deberá ser fallada, es decir, adoptada la decisión final, por el mismo juez ante el cual se practicó la actividad probatoria⁴.

Así, la única consecuencia que debiera derivarse del principio de inmediatez es la de limitar el ámbito de aquellos elementos de juicio a partir de los cuales se debe justificar la decisión en relación a la prueba, es decir, el tribunal únicamente puede formar su convicción sobre la base de lo alegado y probado en el juicio oral y no en otros elementos como su conocimiento privado de un hecho o en prueba que no ha sido sometida al control del contradictorio. No puede formar parte de la argumentación probatoria ningún elemento que no se haya producido en el juicio oral y que, por tanto, no ha sido objeto del contradictorio, así el conocimiento privado del juez no es susceptible de ser integrado en la valoración probatoria, pues se transgrediría, de esta forma, no solo el principio de inmediatez, sino los de bilateralidad y de contradicción, constituyendo la inmediatez un límite en este sentido.

Desde hace algún tiempo se ha afirmado que la base de la convicción del juez es el contenido total de los debates y el resultado de la eventual recepción de la prueba, pues las normas procedimentales pertinentes se valen de esta formulación o de otras similares para describir de dónde ha de sacar el juez su convicción.

⁴ El artículo 374 letra b) del Código Procesal Penal reza que “el juicio y la sentencia serán siempre anulados: b) Cuando la audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de algunas de las personas cuya presencia continuada exigen, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286”.

El artículo 284 prescribe: “Presencia ininterrumpida de los jueces y del ministerio público en el juicio oral. La audiencia del juicio oral se realizará en presencia ininterrumpida de los jueces que integren el tribunal y del fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 258”. El artículo 286 señala en lo pertinente: “Presencia del defensor en el juicio oral. La presencia del defensor del acusado durante toda la audiencia del juicio oral será un requisito de validez del mismo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 103”.

“La fórmula de ‘suma del debate’ expresa que todo lo que haya sido objeto del debate oral es aprovechable para la decisión. Se indica, sin embargo, que la referida fórmula de la ‘suma’ sugiere que el juez al formar su convicción, sólo debería utilizar aquello que fue objeto del debate; no podría pues aprovechar su saber privado, lo que tiene como *ratio* la imposibilidad psicológica de juzgar imparcialmente cuando el juez mismo es testigo”⁵.

Dentro de este contexto, no puede desconocerse que el juez conoce *privadamente* ciertos hechos que pueden influir en el contexto de descubrimiento, y ello, por cierto, ocurre. Sin embargo, el contexto de justificación exige que el juez aporte razones que deben ser buenas razones para adoptar una decisión y el “conocimiento privado del juez sobre ciertos hechos en sí mismo, no puede considerarse una razón que justifique su veracidad. En suma la justificación no puede resumirse en un ‘esto es así porque yo lo sé’”⁶.

Es posible sostener que la intermediación rectamente entendida debe incidir en la producción de la prueba, es decir, en el examen original de las distintas fuentes de esta; de ahí que, en rigor, su vigencia impida al juzgador recibir o hacerse eco de la información obtenida por otros sujetos y en otros momentos anteriores al juicio propiamente dicho, imperativo de una lógica irreprochable, que se ha traducido en la prohibición legal de introducir en ese acto materiales de la investigación, lo que en Chile está prohibido normativamente en el artículo 334 del Código Procesal Penal, que establece expresamente que no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público.

Inspirada en el mismo principio, la norma –artículo 329 del cuerpo de leyes citado– relativa a los peritos y testigos, prescribe que durante la audiencia de juicio oral, estos deberán ser interrogados personalmente, añadiendo que su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieren⁷.

⁵ WALTER (1985), pp. 291-292.

⁶ GASCÓN (2004), p. 204.

⁷ Las normas legales traídas a colación, artículos 329 y 334 del Código Procesal Penal, reconocen como excepción los siguientes casos:

Se suele afirmar que la inmediatez, junto a la oralidad, constituyen un binomio indisoluble, pero, sin embargo de reconocerse la utilidad y los beneficios prácticos del despliegue conjunto de ambas garantías procesales, no necesariamente deriva que ellos concurren al unísono. Corroborando lo que se viene indicando la situación prevista por los artículos 191, 192, 280 y 331 a) del Código Procesal Penal, que regulan los casos de prueba anticipada que se rinde ante el juez de garantía, con asistencia del fiscal, defensor e imputado reproduciendo la lógica y salvaguardas del juicio oral, a la sazón, audiencias con oralidad, no obstante ello, en ausencia de inmediatez, pues será un juez distinto del que ha asistido a su práctica—los jueces del tribunal oral—, quienes deberán adoptar la decisión debiendo ponderarla al igual que los otros medios de prueba que sí se han practicado en su presencia.

Entendida igualmente en su vinculación con el principio de oralidad, se ha señalado que para que esta despliegue su máxima eficacia, las actuaciones procesales realizadas oralmente deben efectuarse ante el destinatario de las mismas, esto es, con la inmediatez del juez sentenciador.

“Artículo 331. Reproducción de declaraciones anteriores en la audiencia del juicio oral. Podrá reproducirse o darse lectura a los registros en que constaren anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, en los siguientes casos:

- a) Cuando se tratare de declaraciones de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en discapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignorare o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar en el juicio, siempre que ellas hubieren sido recibidas por el juez de garantía en una audiencia de prueba formal, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 191, 192 y 280;
- b) Cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acordaren en incorporar, con aquiescencia del tribunal;
- c) Cuando la no comparecencia de los testigos, peritos o coimputados fuere imputable al acusado, y
- d) Cuando se tratare de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el juez de garantía”.

“Artículo 332. Lectura para apoyo de memoria en la audiencia del juicio oral. Sólo una vez que el acusado o el testigo hubieren prestado declaración, se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal, el abogado asistente del fiscal, en su caso, o el juez de garantía, cuando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes.

Con los mismos objetivos, se podrá leer durante la declaración de un perito partes del informe que él hubiese elaborado”.

En la *praxis* judicial, estas excepciones, hasta ahora, se han utilizado con bastante prudencia, rigiendo como regla general los principios de oralidad e inmediatez.

“El contacto directo de éste con los sujetos intervinientes en el proceso da seriedad al acto oral y, en cierta medida, hace que la justicia sea más cercana al justiciable, ya que se permite a las partes ‘ver la cara al Juez’, en quien en definitiva han confiado la resolución de su conflicto”, “[e]ste contacto permitirá al juez hacerse una recreación de la realidad lo más certera posible, pues tendrá acceso directo a las declaraciones de todas las personas que conocen los hechos litigiosos, pudiendo formularles precisiones o aclaraciones que contribuyan a realizar su enjuiciamiento fáctico”⁸.

Las conclusiones previas reflexionan o se construyen sobre un ideal, sobre un óptimo, cuyo contraste con la realidad, por decirlo de algún modo, es al menos precario. En efecto, no son pocas las ocasiones en que la “conexión viva tridimensional” y en modo presencial del juzgador con los elementos de juicio falla porque estos se encuentran en la misma audiencia entregados a labores preferentes, como, por ejemplo, el término de la redacción de un fallo cuyo plazo concluye apenas horas después, porque se encuentran revisando jurisprudencia en línea, porque se encuentran realizando trámites ineludibles, revisando la prensa o, lisa y llanamente, porque alguno ha sido vencido por el agotamiento. Es cierto que en nuestro país no se conocen casos como los reseñados, y aunque es altamente improbable que esto llegue a suceder, no es óbice para contradecir los argumentos que solo el sistema presencial salvaguarda la inmediación, pues, como se advierte, si bien con ejemplos foráneos, esta es tan falible en tres como en dos dimensiones.

La oralidad-inmediación es, entonces, “una técnica de formación de las pruebas, no un método para el convencimiento del juez”⁹, lo que quiere decir que solo tiene valor instrumental y de medio al servicio de otros medios (los de prueba) y como tal puede ser objeto de usos correctos o incorrectos, dentro de los primeros a fin de que el juez forme su convicción sobre la base de los elementos de juicio aportados por los intervinientes en la audiencia de juicio oral y, dentro de los segundos, su concepción como método autónomo de valoración.

La inmediación, entonces, posee un valor desde el punto de vista de la epistemología, pues asegura mayor fidelidad en la transmisión de la información, desde que, a más intermediarios en el traspaso de esta, mayor posibilidad de distorsión en su entrega y con ello mayor probabilidad de errores.

⁸ CERRATO y PICÓ (2008), p. 225.

⁹ IACOVELLO (1997), p. 151.

Igualmente, en el contexto de la interpretación acertada, se ha afirmado que “el testimonio oral agiliza el control del juez sobre la veracidad de las declaraciones, baste pensar en la posibilidad de contestar inmediatamente a cada antinomia o ambigüedad contenida en la deposición y, sobre todo, de observar la actitud del testigo durante el examen. [...] Tampoco es cuestionable que las partes del juicio están en las mejores condiciones para encontrar las preguntas idóneas para desenmascarar falsedades o reticencias, para poner en claro olvidos e inexactitudes del testigo [...] pues, en definitiva, de la discusión (del interrogatorio cruzado, en este caso) sale la luz”¹⁰.

De este modo, la respuesta necesaria a qué es en rigor la inmediatez, debe cubrir *a priori* su aspecto negativo, a la sazón, que no puede ser entendida como un método para valorar las pruebas, no se trata de que los juzgadores en contacto con los elementos de juicio alcancen ese estado mágico de convencimiento y decidan el caso al conectarse con “los ojos de la víctima”, por ejemplo, o con el nerviosismo del acusado al declarar, ni que este estado de cosas inefables les libere de dar fundamentadas razones de lo resuelto, en rigor, la inmediatez no transforma, en nuestro sistema de justicia penal, a los jueces en jurados. Este principio es simplemente una técnica para la formación de la prueba, que solo tiene un valor instrumental y de medio al servicio de otras garantías, que exige la presencia ininterrumpida del juez y de los demás intervinientes, en la práctica de la prueba, de lo que deriva que solo pueden ser considerados al momento de la decisión, los elementos de juicio incorporados durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral, y que la resolución del caso solo puede emanar del o los jueces ante quienes se practicó dicha actividad probatoria.

III. SEGUNDA PREGUNTA: ¿CUÁLES SON LAS COORDENADAS DE LA INMEDIACIÓN EN LA CARTOGRAFÍA DE LA VALORACIÓN RACIONAL?

La libre valoración racional o cognoscitivismo crítico es aquel sistema que se despliega en ausencia de reglas de valoración determinadas *ex ante* por el legislador, por oposición al de prueba tasada, modelo este último en el que existen reglas jurídicas que predeterminan el peso de las pruebas y su suficiencia. Pero es un sistema negativo solo en el sentido apuntado, pues la declaración de hechos probados no se desarrolla con absoluta libertad,

¹⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ (2003a), p. 60.

sino que sujeta al juez a las reglas de la epistemología general, es decir, las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

En este sistema, la estructura básica o molecular de la argumentación probatoria adquiere la forma de una inferencia, lo que en términos muy simplistas quiere decir que la actividad probatoria consiste en remontarse de lo conocido a lo desconocido y, por consiguiente, se precisa del auxilio de alguna mediación para recorrer racionalmente este espacio intermedio. En palabras de GONZÁLEZ LAGIER, el razonamiento probatorio se despliega a través de inferencias que permitirían obtener al juez conclusiones probatorias epistémicamente fiables, y esta “mediación” –que se denomina enlace o conexión–, que se despliega entre los elementos de juicio y la hipótesis a probar, puede tener un carácter empírico, normativo o conceptual¹¹.

En las inferencias probatorias empíricas, el enlace o regla de conexión es una generalización empírica que correlaciona hechos como los descritos en las premisas con los consignados en la conclusión a partir de una asociación entre ambos; en estos casos las generalizaciones empíricas estarán compuestas por máximas de experiencias y conocimientos científicos. En las inferencias probatorias normativas, el enlace es una norma que establece que si se dan ciertos hechos, como los descritos en las premisas (hecho base), se debe dar por probada una determinada hipótesis (el hecho consecuencia) y, finalmente, las inferencias probatorias interpretativas o conceptuales, en que la conexión viene dada por una definición o regla conceptual; en este tipo de inferencias lo que está en juego no es tanto la ocurrencia de un hecho, sino su “interpretación”, es decir su clasificación dentro de una u otra categoría genérica de hechos¹².

Para entender de mejor manera el rol de la inmediatez en la justificación de la premisa fáctica¹³, es necesario señalar que tratándose de los sistemas de *libertad de prueba*, que se han denominado de confianza del legislador

¹¹ GONZÁLEZ LAGIER (2018), p. 16.

¹² *Vid.* GONZÁLEZ LAGIER (2018), pp. 18-19.

¹³ “El principio de inmediatez tiene un papel más o menos importante en la actividad probatoria que se desarrolla para la prueba de los enunciados que describen hechos, razón por la que es importante conocer cuál es el contexto en el que se toma la decisión sobre esos enunciados fácticos, puesto que ello nos permitirá ubicar en qué momento de la actividad probatoria la inmediatez puede resultar relevante”. ALLENDE (2019), p. 227.

(hacia el juez)¹⁴, es posible reconocer dos tipos: el de íntima convicción y el de libre valoración racional, que se corresponden con dos grandes tradiciones o concepciones en materia de valoración probatoria: la concepción racional u objetiva de la prueba y la concepción subjetiva o irracional¹⁵. Estas dos tradiciones evidencian cuatro rasgos o características estructurales, que poseen perfecta coherencia interna entre ellas y, como espejo, se contraponen a las del sistema que es su antagonista.

Las notas de la concepción persuasiva son la apelación a la íntima convicción del juez como único criterio de decisión; una concepción de la intermediación en sentido fuerte, inexistentes exigencias de motivación e imposibilidad de control de la decisión por un órgano distinto del que declaró probados los hechos.

La primera postula que un hecho está probado cuando el juez alcanza el convencimiento a partir de las pruebas presentadas, esto es, cuando se haya convencido del hecho; predica igualmente un principio de intermediación en sentido fuerte, que es exigente de la presencia del juez en la práctica de la prueba, para que sea la práctica de la prueba la que *crea* o *funde* su convicción, pero que a su vez es excluyente de la revisión de otro órgano externo, que no la haya presenciado. Establece igualmente esta tradición nulas exigencias de motivación, pues supone que un hecho se entiende probado cuando el juez se ha convencido de que ha sucedido, por tanto, esta convicción, que permanece en su fuero interno, no es posible de motivar y, finalmente, niveles bajos o inexistentes de control por un tribunal distinto del que formuló la decisión sobre los hechos.

Las notas anteriores le otorgan perfecta coherencia interna al modelo, pues si se estima que un hecho está probado cuando el juez ha logrado convencerse de que este ha sucedido, cuando ello ocurre no existe margen para el error y tal convencimiento se extrae de manera mágica o extática del contacto con los medios de pruebas, adquiriendo el órgano juzgador un convencimiento que solo a él pertenece y que permanece inflexible en su fuero interno. Así, cualquier intento de motivación será estéril, pues si el juez, al adquirir esta convicción sobre los hechos es inflexible, no se puede equivocar, ya que no existen criterios externos a esa valoración, no existe

¹⁴ FERRER (2007), p. 61.

¹⁵ En esta materia seguiremos a FERRER (2007), pp. 61 y ss., y especialmente en línea: <<https://www.youtube.com/watch?v=qnv1xXea13U>>.

ninguna posibilidad de control por un tribunal superior y distinto del que arribó a la decisión y que además no ha presenciado la práctica de la prueba.

Contrariamente, los rasgos o notas definitorias del sistema cognoscitivo son el recurso al método de corroboración de hipótesis como forma de valoración de la prueba; la defensa de una versión débil o limitada del principio de inmediación; una fuerte exigencia de motivación de los hechos y la defensa intensa de un sistema de recursos que ofrezca un campo amplio para el control de la decisión por un órgano distinto del que dictó la resolución.

Estas notas igualmente ofrecen perfecta coherencia interna, pues se estima que un hecho se encuentra probado cuando existe corroboración suficiente a partir de las pruebas presentadas, lo que exige determinar cuándo una hipótesis se encuentra probada y cuándo es suficiente, lo que nos remite al sistema de corroboración y refutación de hipótesis y al estándar de prueba, lo que supone diseñar métodos para la valoración de la prueba y criterios (externos) para juzgar si el juez se equivocó o acertó en la decisión de hechos probados. Como adelantábamos, contempla este sistema un *principio de inmediación en sentido débil*, no para fundar el convencimiento del juez, sino para que este pueda participar en el desarrollo de la prueba ordenando el procedimiento y garantizando el principio de contradicción, impone entonces la presencia del juez, pero no es excluyente del control por un órgano distinto. Dicho control descansa sobre la exigencia de una detallada motivación judicial, lo que implica una justificación en sentido estricto, no explicaciones sobre las creencias o el *iter* psicológico del juez que le llevó a la decisión.

La motivación debe basarse en elementos de juicios disponibles que, mediante las correspondientes *inferencias probatorias epistémicas*, justifiquen si la hipótesis se encuentra probada y en qué grado. Así, el control ahora es posible debido a la interacción combinada de todos los rasgos definitorios de esta concepción, pues se pueden revisar las razones por las cuales se ha decidido de cierta manera, ya que se dispone de una detallada motivación que da cuenta de las inferencias realizadas en el marco del sistema de corroboración y refutación de hipótesis, lo que ha permitido dar por probado ciertos hechos y descartar otros.

Sirva de ejemplo de la realización de inferencias probatorias y el adecuado control plasmado por la corte, la reflexión el siguiente:

“El principio de inmediación permite, precisamente, que tratándose de la prueba testimonial, el tribunal aprecie directamente la actitud y reacciones de quienes

concurrer a estrados a prestar declaración; y en el caso de autos, difícilmente se puede obviar el hecho de que en un primer momento el testigo víctima haya hecho un relato tan neutro y poco expresivo de sus emociones, donde inicialmente omite toda información sobre la intimidación, señalando que no se acuerda; y solo cuando se le refresca memoria alude al garabato y al supuesto cuchillo en su espalda. No parece entonces coherente y fundada la conclusión del tribunal, de que se mostró conmocionado; pues si bien pudo haber sido así en el momento de la declaración judicial, lo cierto es que resulta poco convincente que al ocurrir los hechos haya sufrido tan grande conmoción, si a los pocos meses ya lo había olvidado". (SCA Valparaíso, Rol N° 1624-2016, de 21 de octubre de 2016).

En este pronunciamiento el tribunal de control efectúa inferencias, examinando las generalizaciones que echa en falta y que debió haber realizado el tribunal de mérito, por lo que concluye estimando que existe un vicio en cuanto a la valoración probatoria y anula la sentencia y el juicio que le precedió.

La inmediatez, en consecuencia, nada tiene que ver con la valoración de la prueba, sino con su práctica y, por tanto, la concepción racional reposiciona la importancia de este principio.

En síntesis, en la cartografía de la valoración racional, las coordenadas de la inmediatez, se ajustan a la concepción racional u objetiva de la prueba y no a la de la concepción persuasiva que apela a la íntima convicción del juez como único criterio de decisión, sin exigencias de motivación e imposibilidad de control de la decisión por un órgano distinto del que declaró probados los hechos, o dicho en esta clave, a aquel que presenció directamente la prueba.

Así, la correcta ubicación de la inmediatez en este plano obliga a entenderla en *sentido débil*, esto es, no para fundar el convencimiento del juez, sino para que este pueda participar en el desarrollo de la prueba ordenando el procedimiento y garantizando el principio de contradicción, donde la presencia del juez no excluye el control por un órgano distinto, control que descansa sobre la exigencia de una detallada motivación judicial, justificación y no explicaciones sobre las creencias o el *iter* psicológico del juez o jueces que decidieron el caso.

IV. TERCERA PREGUNTA:

ENTONCES ¿POR QUÉ SE TIENDE A SOBREALORAR LA INMEDIACIÓN?

Pese a que nuestro sistema probatorio en materia procesal penal se puede encuadrar dentro de la tradición racionalista o cognoscitiva, se sigue operando (más frecuentemente de lo que podría ser esperable a veinte años

de su instauración), en clave subjetivista, si bien no tan abiertamente como ocurría en sus albores, esta pervivencia del subjetivismo indefectiblemente irradia a la inmediatez.

Dijimos que este principio demanda la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales en la práctica de la prueba, excluyendo la participación de intermediarios que pueden provocar distorsión en la entrega de la información y que, además, el juez que presencié la práctica de la prueba debe ser el mismo que dicte la sentencia, esto es, pronuncie la decisión de hechos probados.

Se suele diferenciar entre inmediatez en general, que solo exigiría la presencia judicial en las actuaciones que se desarrollen en el proceso, y la inmediatez en sentido estricto, que es para gran parte de la doctrina la verdadera inmediatez, y que exige que sea precisamente el juez que dicte finalmente la sentencia el que haya estado presente en las actuaciones judiciales. Los dos *tipos de inmediatez* responden a dos finalidades que son inherentes a esta técnica de actuación y que permiten calificar a la inmediatez de garantía procesal¹⁶.

Entonces, la respuesta a la pregunta para qué sirve la inmediatez no puede ser satisfecha, en un sistema racional como el nuestro, indicando que constituye *per se* un sistema valorativo, que surge del contacto “directo” o “sensorial” con los elementos de juicio y que provoca en el adjudicador convencimiento mágico, instantáneo, inefable. En nuestro sistema la inmediatez solo es una garantía instrumental al servicio de la formación, práctica y valoración probatoria.

Todavía, no obstante, es posible encontrar reminiscencias de interpretaciones que conciben la libre valoración de la prueba, en su dimensión íntima en conexión con el principio de inmediatez, “[...] entendido como la intervención personal y directa (inmediata) del juez en la práctica de la prueba, que suele presentarse como la condición inexcusable para la libre valoración, pues solo fundando el juez su convicción en la ‘impresión inmediata’ recibida y no en referencias ajenas puede reputarse ésta como libre”¹⁷.

Respondiendo a la pregunta de por qué se sobrevalora la inmediatez, podríamos proponer como una razón plausible que dicha concepción –de la inmediatez– ha permitido que los jueces no motiven su razonamiento

¹⁶ HERRERA (2006), p. 4.

¹⁷ GASCÓN (2003), p. 48.

de la *quaestio facti*, limitándose en las sentencias a dar cuenta en una larga retahíla de los medios de prueba producidos por las partes y, especialmente, de lo que dijeron los testigos y peritos, lo que al parecer provocaría el “convencimiento” del juez, sin que pueda ni deba este ser verbalizado, ni menos justificado, utilizando luego fórmulas sacramentales como las que señalan que “*valorada la prueba conforme las reglas de la sana crítica, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, estos jueces estiman probado, más allá de toda duda razonable los hechos contenidos en la acusación y la participación que en ellos ha correspondido al acusado*”.

La réplica a esta forma de entender la inmediatez por parte de los tribunales superiores no ha sido mejor, pues se suelen escudar en este principio para autoimponerse límites o cortapisas a sus facultades de revisión sobre el juicio de hecho, siendo muy frecuente encontrar en las sentencias de nulidad afirmaciones tales como que la Corte no puede examinar cómo han sido establecidos los hechos por el tribunal de fondo, por impedirlo el principio de inmediatez; que esta garantía constituye un límite a la facultad revisora de la Corte en materia de hechos o que los jueces del tribunal oral en lo penal son soberanos para valorar la prueba que solo ellos han percibido, entre muchas otras, lo que da cuenta de una interpretación tanto del principio de libre valoración como de la inmediatez, reconducido al sistema irracional o subjetivo; en circunstancias que el diseño legal del establecimiento de los enunciados probatorios contempla la posibilidad de control de la declaración de hechos probados que las cortes cercenan, mezclando así rasgos distintivos de ambas tradiciones sobre la prueba; la subjetiva y la cognoscitiva, sistema este último que prevé —a la par— fuertes e intensas exigencias de motivación (artículos 36, 297 y 342 letra c) del Código Procesal Penal).

Nuestras Cortes de Apelaciones exhiben razonamientos en sintonía con la interpretación hipertrofiada de la inmediatez que se ha desarrollado, señalando que:

“En el proceso oral, por imperativo del principio de inmediatez, el Tribunal ante el cual se realizó el juicio, es soberano para apreciar y valorar la prueba y por tanto la credibilidad de los testigos de cargo y de la defensa, de modo tal que a esta Corte le parezca o no acertada las conclusiones de esa valoración; le está vedado alterar los hechos establecidos por el fallo”¹⁸.

¹⁸ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, *Ministerio Público con Jaime Figueroa Durán*, Rol N° 2040-2017, de 19 de julio de 2017.

Se ha afirmado igualmente:

“Las supuestas contradicciones que menciona el recurrente en su escrito respecto de lo declarado por las víctimas y testigos escapa de la competencia de este tribunal en lo atinente al presente recurso, por cuanto es el tribunal de primera instancia quien ha de formarse su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral (principio de inmediación). La jurisprudencia al respecto ha señalado que está vedado reexaminar a través de este recurso la credibilidad o veracidad que los jueces de la instancia han atribuido a testigos y peritos”¹⁹.

Finalmente, en otro pronunciamiento se expone que *“distinciones de los recurrentes que dicen relación con los hechos y pruebas establecidas y ponderadas por el Tribunal Oral en lo Penal, conforme a sus facultades privativas, y que quedan fuera del control de este tribunal, desde que los jueces son soberanos en la ponderación de los medios probatorios que han recibido y percibido directamente en la audiencia, estando facultada esta Corte sólo para pronunciarse sobre si para establecer tales hechos se vulneraron las reglas del artículo 297 del Código Procesal Penal”²⁰.* (Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 293-2013, de 4 de noviembre de 2013).

Decíamos que la argumentación probatoria en los sistemas de libre valoración racional se verifica predominantemente mediante *inferencias probatorias epistémicas*, a través del método de corroboración de hipótesis, el que, mediante inferencias, sirve para expresar la relación lógica de corroboración o confirmación entre un elemento de juicio y la hipótesis acerca de la ocurrencia de un hecho principal o de un hecho secundario que, a través de una nueva inferencia, otorgará apoyo inductivo, a su vez, a un hecho principal. Ello está presente normativamente en el artículo 297 del Código adjetivo penal, cuando refiere que la prueba será valorada con libertad, pero sujeta a los principios de la lógica.

Cuando los procesalistas argumentan que la prueba ha de valorarse de acuerdo con las *reglas de la lógica* y las *reglas de la sana crítica*, en muchas ocasiones están haciendo referencia a las regularidades empíricas (máximas de

¹⁹ Sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia, *Cruces Lefihiuala, Juan Perfecto con Ministerio Público*, Rol N° 536-2017, de 5 de enero de 2010.

²⁰ Sentencia Corte de Apelaciones de Puerto Montt, *S.A.A.D. y D.A.A.D. con Ministerio Público*, Rol N° 293-2013, de 4 de noviembre de 2013.

experiencia y conocimientos científicos), que en los argumentos deductivos parecen cumplir el papel de “reglas de inferencia”.

El razonamiento probatorio, entonces, se realiza en dos etapas, la primera consistiría en la práctica de las pruebas (donde la inmediatez tiene merecido protagonismo al exigir la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales) y, por tanto, en la obtención de la información a partir de ellas, esto es, a partir de lo que dicen los testigos, los documentos, los peritos, etc. Una segunda fase consiste en extraer una conclusión de la información obtenida en la primera etapa. El primer momento puede verse también como el establecimiento de las premisas del argumento que trata de probar una determinada hipótesis (que es lo que en realidad sucedió) y el segundo como la realización de la inferencia que permite pasar de la premisa a la conclusión²¹.

Quienes se erigen en fervorosos defensores de la inmediatez en su versión amplificada (o en *sentido fuerte*, según nomenclatura de FERRER), suelen asociarla con la percepción de “aquellos elementos prosódicos (no verbales: como el nerviosismo, el aplomo, el azoramiento, el llanto, las muecas, el movimiento de las manos, etcétera) que acompañan una declaración”²², y en que en tanto no son recogidos en la motivación, solo son de conocimiento para los juzgadores que los han presenciado o percibido. Se produce así una paradoja, pues si estos elementos son gravitantes en el razonamiento probatorio (incluso como para inclinar la balanza hacia alguna de las tesis en juego), pero no se consignan en los argumentos justificativos de la decisión —como comúnmente ocurre—, se convierte a la declaración de hechos en un “esto ha ocurrido así porque yo lo creo” y blindando de este modo a esa *creencia* a cualquier diálogo intersubjetivo.

Entonces, en los sistemas racionales de valoración probatoria, como ocurre con el nuestro, este “conocimiento” que adquiere el juez debe ser el producto razonado de la realización de inferencias, para lo cual deberá utilizar criterios epistemológicos que doten de racionalidad a sus conclusiones. Tal como lo señala IGARTUA, el tipo de razonamiento inferencial es el que desplegamos cotidianamente, aunque no nos percatemos de ello, así, por ejemplo, cuando vemos a un espectador saltar de júbilo en un estadio cuando un equipo consigue un tanto, inferimos que es hincha de ese club,

²¹ Vid. GONZÁLEZ LAGIER (2005), pp. 53-54.

²² IGARTUA (2009a), p. 86.

o si sentimos que el aliento de alguien huele a alcohol y que se le traba la lengua al hablar, inferimos que ha bebido más de la cuenta²³.

Esta naturalidad con que efectuamos este tipo de razonamiento en la vida diaria nos lleva a que permanentemente permanezca soterrado y que al momento de dictar sentencia no sea explicitado en los fallos por los jueces, en circunstancias que es en este contexto en que el deber tomar conciencia de las inferencias y explicitarlas –sacarlas a flote– constituye en Chile un imperativo, impuesto normativamente por los artículos 36 y 342 letra c) del Código Procesal Penal.

Los datos probatorios de uno u otro color –a favor o en contra de la hipótesis– nada significan de por sí, ni llevan a ningún lado; a no ser que haya una inferencia que los conecte con algún otro dato o directamente con el *factum* estelar. El juez se afana en reconstruir los hechos del pasado a partir de estos datos del presente, y ese vacío que media entre una cosa y la otra tiene que ser llenado con algún tipo de razonamiento. Esto es, se necesita algo que funcione como “pegamento” entre el *factum probans* y el *factum probandum*²⁴.

Así, entonces, el modelo de corroboración de hipótesis o de inferencia inductiva requiere, en el razonamiento probatorio judicial (y en el ámbito del conocimiento empírico en general), en primer lugar, que se asuma hipotéticamente la ocurrencia de un hecho, para derivar, recurriendo a los conocimientos científicos y a nuestra experiencia previa acerca del mundo, ciertos eventos que debieran haber tenido lugar si ese hecho efectivamente ocurrió. La constatación de estos eventos corrobora (atribuye probabilidad inductiva) a la hipótesis de que el hecho sucedió²⁵. Por ejemplo, la hipótesis en juego es que Pedro ingresó a la casa de Juan y sustrajo especies (predicción); recurriendo a nuestros conocimientos de cómo funciona el mundo, se puede decir que cada vez que alguien toca objetos con sus manos desnudas dejará huellas en las superficies (generalización empírica-máxima de experiencia); se encontraron huellas de Pedro al interior de la casa. La conclusión extraída es: Pedro fue el autor de la sustracción, pues existen elementos de juicio que apoyan la hipótesis.

²³ Vid. IGARTUA (2009a), p. 126.

²⁴ IGARTUA (2009a), p. 125.

²⁵ ACCATINO (2010), pp. 126-127.

Pues bien, al parecer, al valorarse la prueba “con intermediación”, se opera concibiendo este principio como un *atajo* para soslayar esta estructura inferencial, y que habiendo percibido la prueba el juez, este *acto de percepción* transforma la información obtenida en convencimiento instantáneo sobre el hecho, que lo libera de procesar dicha información y, lo que resulta igual o más grave, se estima que lo libera de motivar el razonamiento que lo ha llevado a la conclusión.

En los estrictos términos indicados, la intermediación únicamente libera al juez de justificar lo que ha constatado directamente por sus sentidos, por ejemplo, que el testigo Pedro *declaró* que vio a Juan disparar sobre Diego, siendo acertado afirmar que el hecho de que el testigo Pedro dijo que vio a Juan disparar sobre Diego no requiere justificación, pues fue apreciado directamente por el juez, pero ello solo prueba que el testigo dijo aquello y nada más.

Lo anterior resulta coherente si consideramos que “las constataciones son enunciados conceptuales, es decir, enunciados sobre un hecho formulado por el juez tras la observación (la comprobación empírica *directa*) de ese hecho. Por ello, en sentido estricto, las constataciones no requieren motivación; mejor dicho, la motivación se reduce a dar cuenta de que los hechos que describen fueron definitivamente observados”²⁶.

Las constataciones, como puede desprenderse, no necesitarían motivación –aportar razones que justifiquen su veracidad– sino que esta se ve cumplida con su simple manifestación, pues ellas derivan de la observación directa del juez, “de manera que siendo el propio juzgador el que ‘directamente’ ha observado el hecho que constata, la constatación se resume en la expresión de esa constatación”²⁷.

Sin embargo, no queremos significar que ello ingrese al campo de lo incontrolable, pues el juez puede haber experimentado errores de percepción, pero mientras no se dé cuenta de tales errores, la manifestación de lo que el juez ha percibido es prueba válida de aquello que se describe. Si el juez ha experimentado –con intermediación– errores de percepción, en nuestro sistema existe registro de audio para confrontar lo que se ha consignado en el fallo con lo que da cuenta dicho registro. Por lo demás, normalmente no son estos los enunciados fácticos cruciales de la decisión judicial y son los

²⁶ Vid. GASCÓN (2004), p. 205.

²⁷ GASCÓN (2004), p. 205.

que DEI VECCHI llama “enunciados de intermediación”, único campo en que esta garantía resulta relevante sin más²⁸.

En términos conclusivos, es insoslayable proponer como una explicación a la sobredimensión de la intermediación que dicho modo de entenderla y ponderarla permite que los jueces no motiven su razonamiento de la *quaestio facti*, y que se limiten en sus sentencias a dar cuenta en una larga retahíla de los medios de prueba incorporados por las partes en la audiencia de juicio oral, con los que supuestamente han estado conectados y les han convencido, sin justificar las decisiones, salvo por las fórmulas sacramentales que ya se han descrito. Desde el punto de vista de los litigantes, la sobrevaloración de la intermediación, les permite argumentar sobre elementos equívocos que pueden alcanzar cierto rendimiento tanto a defensores como acusadores, a nivel persuasivo, dependiendo de sus condiciones personales y técnica de litigación, a saber, el nerviosismo, el azoramiento, el llanto, el movimiento de manos, y un largo etcétera de quienes deponen en una audiencia.

V. CUARTA PREGUNTA:

¿EXISTEN DIFERENCIAS ENTRE LA PRUEBA DIRECTA Y LA INDIRECTA?

Es fecundamente difundida la idea de que la prueba directa pone en contacto al juez con los hechos, eficacia de la que carecería la prueba indirecta, confusión que nos hace poner el acento en la enrevesada e inútil distinción entre ambos tipos de prueba y que está muy amarrada a la concepción sobrevalorada de la intermediación.

Para comprender mejor la distinción concernida, es ineludible, analizar y relevar que existen varios criterios para discernir entre prueba directa e indirecta, a saber:

1. Criterio que distingue conforme la naturaleza del medio empleado

Para este criterio, que atiende a la naturaleza del medio empleado (histórico y no histórico), serían directas las denominadas pruebas históricas (testimonios, peritos, documentos), pues se dice que estas exponen directamente el hecho que se quiere probar. Sin embargo, pese a esta categorización, se ha señalado que “[t]al afirmación resulta incorrecta, pues la distinción

²⁸ DEI VECCHI, (2018), p. 727.

de prueba directa y prueba indirecta es más bien de carácter funcional y relacional, es decir, no se basa en ningún aspecto que pueda ser considerado ‘inherente’ a la naturaleza de las pruebas, sino que depende más bien de la conexión entre las pruebas y los hechos litigiosos. En consecuencia, un medio de prueba no puede de antemano ser considerado como prueba directa o indirecta [...] todo dependerá de si ésta tiene por objeto el ‘hecho a probar o hecho principal’ o por el contrario dice relación con otro hecho secundario”²⁹. Además, para relevar lo implausible de esta distinción o clasificación se ha señalado que “[d]ado el lenguaje de la jurisprudencia, parece que no es preciso el concepto y la distinción de las pruebas directas o indirectas [...]. *Pruebas directas*, según la misma, son la confesión, las declaraciones de testigos, la pericial, las inspecciones judiciales, los documentos; e *indirectas*, los indicios, Ahora bien, los indicios son, sin duda, pruebas indirectas, pero en mi opinión, las demás indicadas no son siempre y sólo directas, pues pueden muy bien no serlo. En efecto, o se refieren a una de las circunstancias *constituyentes* del delito, o bien a una de las *indiciarias*; en el primer supuesto, son pruebas directas; en el segundo, indirectas”³⁰.

2. Criterio que atiende a la percepción del juez en relación con el hecho a probar

Es necesario partir señalando que este criterio es confuso y oscuro y, por lo tanto, muy deficiente para sustentar en él la distinción. Presupone que el acento debe ponerse en la percepción del juez en cuanto al hecho a probar y denomina prueba directa a aquel procedimiento probatorio consistente en la contrastación empírica directa que realiza el juez del hecho que se prueba; es decir, en la observación inmediata del hecho al que el enunciado se refiere, en cambio, se denomina prueba indirecta al procedimiento probatorio que permite al juez llegar al hecho que se prueba a partir de la percepción de otro u otros que conducen al primero a través de un proceso inferencial³¹.

Plantea el inconveniente que no define qué es *la percepción del juez*, como si ello fuera algo preestablecido, pacífico y sin mayores disquisiciones, y además parece confundir dos sentidos distintos en que puede hablarse de

²⁹ CARNELUTTI (1982), p. 99.

³⁰ ELLERO (1994), p. 89.

³¹ Es sostenido por Carnelutti y seguido por unos cuantos autores. CARNELUTTI (1982), p. 54.

prueba directa: como constatación u observación empírica del hecho a probar y como prueba relativa al hecho principal. TARUFFO indica que, si bien CARNELUTTI en su obra *La prova civile* habla repetidamente de la expresión “percepción” y de la “percepción indirecta”, no analiza nunca el concepto de percepción, como si este fuera simple e intuitivo, limitándose a subrayar que no incluye solo la vista, sino también el tacto, el gusto y el olfato³².

3. Criterio que atiende a la necesidad de un método inferencial

Este criterio, que es igualmente incierto y oscuro, atiende a la necesidad o no de un razonamiento inferencial, lo que resulta a todas luces incorrecto, pues tanto la prueba directa como la indirecta requieren tal razonamiento, por ello no resulta acertado señalar que la prueba directa, al recaer *directamente* sobre el hecho a probar, libere al juez del razonamiento probatorio, por surgir este en forma espontánea.

Tanto la prueba indirecta como la directa exigen, en un sistema racional de valoración de la prueba, el correspondiente ejercicio inferencial, que cubra tanto la credibilidad o atendibilidad del medio de prueba como la constatación de su adherencia a la realidad empírica. Lo único que diferencia uno u otro caso es el número de pasos inferenciales en la cadena argumentativa.

4. Distinción conforme al criterio canónico

Desde el punto de vista que se ha denominado criterio canónico, que pone su atención en la relación entre la prueba (medio de prueba) y hecho principal a probar, es posible afirmar que el binomio prueba directa/prueba indirecta no pierde pertinencia, [...] porque se llama “prueba directa” a la que versa directamente sobre el hecho principal (p. ej., que Fulano fue el autor de los disparos contra Mengano). En palabras más rígorosas y autoritativas:

“La prueba podrá definirse como directa o indirecta según la relación que se establece entre el hecho a probar y el objeto de la prueba (o mejor: entre los hechos que son afirmados en las dos enunciaciones)”³³.

La más simple situación respecto de la prueba de una hipótesis sobre el hecho es aquella en la que existe un único elemento de prueba que versa

³² TARUFFO (2002), p. 454.

³³ IGARTUA (2009b), p. 494.

directamente sobre esa hipótesis, como lo sería una declaración testifical que confirma la existencia de un hecho o de un documento que lo representa: el objeto y el resultado de la prueba pueden ser expresados en una proposición que coincide, en su contenido, con la que constituye la hipótesis sobre un hecho. En este tipo de situaciones, claramente, el grado de confirmación de la prueba equivale al grado de confirmación de la hipótesis³⁴.

Entonces, existe prueba directa cuando los enunciados tienen como objeto el mismo hecho, o sea cuando la prueba versa sobre el hecho principal. Habrá, en cambio, prueba indirecta cuando no se verifica esta situación, o sea cuando el objeto de la prueba esté constituido por un hecho diferente del que debe ser probado en cuanto jurídicamente relevante para los fines de la decisión.

“Para entender mejor: el testimonio de quien ha presenciado el robo constituye una prueba directa; el testimonio de quien ha visto al imputado comprarse un pasamontañas (quizás para robar) no pasa de prueba indirecta”³⁵.

Todas estas distinciones, más que aclarar el punto, producen mayor opacidad en la distinción concernida.

Uno de los criterios –como se adelantó– es el que atiende a la necesidad de un razonamiento inferencial, que de ordinario solo se exige respecto de la prueba indirecta, estimándose que la llamada directa no requiere ningún tipo de razonamiento y que el conocimiento fluye espontáneamente del contacto directo del juez con los elementos de juicio en virtud de la inmediatez.

A propósito de esta clasificación, GASCÓN señala que una de las distinciones más habituales en el discurso sobre la prueba es la que media entre prueba directa y prueba indirecta y, aunque no existe unanimidad sobre el criterio que funda esta distinción, puede decirse que la concepción “canónica” de la misma, por ser la normalmente usada por la doctrina y sobre todo por la jurisprudencia, entiende por prueba directa aquella que se identifica con la histórica y en la que el hecho a probar surge directa y espontáneamente, sin mediación alguna ni necesidad de raciocinio, del elemento de prueba y que tiene la virtualidad por sí sola de fundar la convicción judicial sobre ese hecho, pues la prueba versa directamente sobre el mismo. El caso paradigmático es la testifical³⁶.

³⁴ Vid. TARUFFO (2002), pp. 257-258.

³⁵ Vid. IGARTUA (2009b), p. 494.

³⁶ GASCÓN (2009), p. 98.

Conforme a este criterio, en la interpretación doctrinaria y jurisprudencial que se trae a colación, prueba indirecta, crítica, circunstancial o indiciaria, es aquella en la que el hecho que se quiere probar no surge directamente del medio o fuente de prueba, sino que se precisa del razonamiento y, además, es incapaz por sí sola de fundar la convicción judicial sobre ese hecho.

Vinculado a lo anterior, parecería que la espontaneidad en un caso y la necesidad de razonar en el otro conlleva también una diferente calidad epistemológica y, por tanto, un diferente valor o fuerza probatoria de los resultados de ambos tipos de prueba: mayor en el primer caso, por ser en mayor medida teñida de objetividad y, por ende, de imparcialidad; menor en el segundo, porque hace entrada en ella la subjetividad del juez en cuanto, mentalmente, ha de realizar el engarce entre el hecho base y el hecho consecuencia³⁷.

Es posible reafirmar que este criterio es, sin embargo, errado y confuso, pues ambos tipos de prueba –directa e indirecta– requieren la realización de un ejercicio inferencial, por cuanto “en mayor o menor grado, todas las pruebas son ‘indiciarias’ pese a que se restrinja ese calificativo para designar a las pruebas ‘indirectas’ (que, ciertamente, lo son y por partida doble: sirve de indicio para probar un hecho secundario, y el hecho secundario se erige después en indicio para probar el hecho principal)”³⁸. No existen, entonces, diferencias ontológicas entre prueba directa y prueba indirecta, como si fueran de distinta naturaleza y de diferente fuerza probatoria, sino que apuntan a objetivos diversos; la primera al hecho principal y la segunda a un hecho secundario.

Otro error frecuente que se produce en torno a esta división –entre prueba directa y prueba indirecta– es aquel que asigna mayor valor de corroboración a las pruebas de carácter personal, como los testigos, los peritos o la víctima, pues se suele operar en la creencia de que cuando el juez oye “directamente” y con inmediación al testigo, víctima o perito, está exento de realizar todo tipo de inferencias –ya sea que declaren sobre hechos principales o secundarios– y que la información proporcionada por esta clase de elementos de juicio ingresa a formar convicción, sin necesidad de procesar la información aportada. Estas ideas “se basan en la creencia

³⁷ Ídem.

³⁸ IGARTUA (2009b), p. 495.

de que el juez podría, durante la declaración, y con base en su experiencia, analizar circunstancias subjetivas (forma de hablar, grado de confianza, postura durante la declaración, etc.), que serían muy importantes para saber si el sujeto está o no mintiendo”³⁹.

Sin embargo, como se indicó, el razonamiento inferencial es común a ambos tipos de prueba, como en el caso de la declaración de un testigo presencial de los hechos, que depende en sí misma de generalizaciones, pues los testigos filtran sus observaciones del caso en base a sus propios sesgos, prejuicios y preconcepciones⁴⁰, así, por ejemplo, que el testigo Hugo declare que vio a Paco golpear a Luis, no prueba (directamente) nada más que Hugo dijo haber visto a Paco golpear a Luis, pero no que esto realmente ocurriera, es decir, prueba directamente que el testigo dijo lo que dijo y esto es algo que los jueces pueden constatar producto de la intermediación por sus propios sentidos. A partir de esa información (de ese elemento de juicio) podremos considerar confirmado el otro enunciado –que Paco golpeó a Luis–, pero es necesario que la declaración del testigo Hugo pueda ser aceptada como creíble y la credibilidad del testigo –que Hugo no ha mentado, ni que ha tenido errores de percepción o de memoria– es, desde el punto de vista justificativo, el resultado de un proceso racional de una inferencia o de varias inferencias, que son también las que deben estar presentes en el caso de la prueba indiciaria⁴¹.

Se señala que la prueba directa, y es obvio, por lo que se viene analizando, requiere necesariamente alguna inferencia para acreditar la atendibilidad del elemento de prueba que nos transporta al hecho principal. La prueba indirecta demanda, en cambio, inferencias en mayor número: primero, las exigencias para testear la fiabilidad de los medios de prueba que conducen a la prueba del hecho secundario y, luego, las imprescindibles para enlazar el hecho secundario con el hecho principal.

Así, podríamos responder que no existe diferencia entre un tipo de prueba u otro; la única diferencia que pudiera existir es el número de pasos inferenciales entre los elementos de juicio y la confirmación del enunciado

³⁹ DE PAULA RAMOS (2019), p. 61.

⁴⁰ LARROUCAU (2012), p. 793.

⁴¹ Aceptar la premisa probatoria (Zutano dice que “p”) implica, siempre y en todo caso, un haz de inferencias sobre la sinceridad del testigo, sobre la calidad de sus percepciones y sobre su memoria, por lo que también en las pruebas directas las inferencias adquieren un protagonismo decisivo. IGARTUA (2009b), p. 495.

o la hipótesis. Es falso, entonces, cualquier conclusión que establezca que la llamada prueba directa no requiere de razonamiento alguno, como que la denominada prueba indirecta sea incapaz por sí sola de fundar la convicción judicial, ambas demandan razonamiento del adjudicador en menos o más pasos inferenciales y, por cierto, la supuesta espontaneidad y la necesidad de razonar no mutan la calidad epistemológica de una u otra, ni por cierto su valor o fuerza probatoria.

VI. QUINTA PREGUNTA:
¿CUÁL ES EL REAL APORTE DE LA INMEDIACIÓN?
LA INMEDIACIÓN Y SU EQUILIBRIO

Esta tendencia a sobredimensionar el papel que le cabe a la inmediatez en el sistema racional u objetivo de valoración probatoria es posible de comprender, prioritariamente, por la confusión presente en la doctrina, y especialmente en la jurisprudencia⁴², de los contextos de descubrimiento y de justificación.

Los tribunales, al valorar con inmediatez, se comportan como si este proceso se situara en el fuero interno del adjudicador, en un plano inex-pugnabile, pues al “entrar” en contacto directo con la prueba adquieren de forma automática el conocimiento que el elemento de juicio les aportaría, quedando así exentos tanto de racionalizar la información como de motivar las inferencias de ella extraídas. Pues bien, postulamos, con sustento doctrinario suficiente, que esta errada concepción tiene su justificación en la confusión de que se ha dado cuenta.

Para explicar esta afirmación, podríamos simplificar las cosas y partir por señalar que el contexto de descubrimiento implica la forma cómo el juez razona o investiga para llegar a una cierta conclusión, y que el contexto de justificación se refiere a la corrección de ese razonamiento que lo llevó a determinada conclusión. La distinción entre los contextos anotados no es propia de la filosofía del derecho⁴³. Esta disciplina la tomó de la teoría de la ciencia de corte neopositivista. En tal disciplina “se suele distinguir (cfr. Reichennbach, 1951) entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las teorías científicas. Así, por un lado, está la actividad

⁴² *Vid.* ARAYA (2018), pp. 104-109 y 259 y ss.

⁴³ ATIENZA (2006), pp. 31-32.

consistente en descubrir o enunciar una teoría que, según opinión generalizada, no es susceptible de un análisis de tipo lógico, lo único que cabe aquí es mostrar cómo se genera y desarrolla el conocimiento científico, lo que constituye una tarea que compete al sociólogo y al historiador de la ciencia. Pero, por otro lado, está el procedimiento consistente en justificar o validar la teoría, esto es, en confrontarla con los hechos a fin de mostrar su validez; esta última requiere un análisis de tipo lógico (aunque no sólo lógico) y se rige por las reglas del método científico (que, por tanto, no se aplican en el contexto de descubrimiento). La distinción se puede trasladar también al campo de la argumentación en general, y al de la argumentación jurídica en particular”⁴⁴.

Esta distinción tiene ya cierta tradición entre los filósofos del derecho que, a contar de la década de los sesenta, comenzaron a tomarla del lenguaje de la filosofía de la ciencia.

“En este último terreno esa distinción había sido desarrollada años antes con el fin de circunscribir y caracterizar el ámbito operativo de la epistemología y diferenciarlo del objeto propio de la psicología o filosofía del conocimiento”⁴⁵.

Para intentar clarificar los conceptos concernidos, es útil recurrir a la conceptualización que de estos planos nos proporciona GONZÁLEZ LAGIER, quien afirma que, de acuerdo con esta distinción, una cosa es el conjunto de operaciones que realizamos para descubrir o formular una hipótesis (contexto de descubrimiento) y otra el conjunto de operaciones que realizamos para validarla, justificarla o mostrarla como correcta (contexto de justificación o validación)⁴⁶.

TARUFFO por su parte indica que el análisis estructural del razonamiento del juez debe partir, necesariamente, de la individuación de la función típica de dicho razonamiento. Así, mientras que la estructura del razonamiento decisorio está condicionada por el hecho de que la finalidad que este persigue es alcanzar la decisión, la estructura de la motivación está condicionada por el hecho de que esta se encamina a justificar la decisión. Distingue consecuentemente entre *context of discovery* y *context of justification*, entendiendo con el primer término el procedimiento que conduce a formular una determinada

⁴⁴ ATIENZA (2006), pp. 31-32.

⁴⁵ *Vid.* ACCATINO (2002), pp. 9-25, y (2005), p. 148.

⁴⁶ GONZÁLEZ LAGIER (2003), p. 45.

solución de un problema, y, con el segundo, el procedimiento encaminado a demostrar, justificándola, la validez de dicha solución⁴⁷.

La diferenciación entre ambos contextos –como se ha esbozado– ha traído aparejado el planteamiento de que no cabe una “lógica del descubrimiento” –y consecuentemente, en el tema que nos ocupa, que no es posible el control de logicidad de este momento–, por lo que no sería posible la existencia de pautas racionales que guíen nuestros procesos de invención de hipótesis⁴⁸. Es importante relevar que esta distinción no excluye que, de hecho, haya coincidencias o interferencias entre los dos procedimientos, pero estas no eliminan la distinción.

1. Los planos de descubrimiento y justificación y la motivación; entre la actividad y el discurso

La distinción de que nos hacemos cargo permite analizar la motivación como un ejemplo particular de *context of justification*, que es autónomo del *context of discovery* representado por el procedimiento decisorio, aunque no deben ser infravalorados los vínculos que pueden existir entre los dos tipos de razonamiento⁴⁹.

Los planos de que nos ocupamos son disímiles no solo desde un punto de vista estructural, sino también fenomenológico, pues el contexto de descubrimiento es una *actividad* y el de justificación es un *discurso* que ni siquiera es el resultado de dicha actividad⁵⁰. Entonces, la forma de comprender esta distinción está imbricada con la manera de entender la motivación, a saber: como actividad o como el resultado de la misma. La primera “motivación-actividad” sería el procedimiento mental que ha con-

⁴⁷ TARUFFO (2011), p. 206.

⁴⁸ Se dice que las objeciones de los realistas americanos afectan al contexto de descubrimiento, pero no muestran que sea imposible la justificación (aunque sea *a posteriori*) de las decisiones judiciales. Incluso se ha afirmado: “tensado el argumento: qué más nos da que el juez condene a un individuo movido por el afecto/desafecto si, después, logra motivar su decisión con razones inapelables. La distinción se usa, por tanto, para rechazar la tesis de que la motivación deba consistir en la explicitación del *íter* mental del juez. Motivar –se dice– es justificar, y justificar es distinto de mostrar cómo hemos llegado de descubrir una hipótesis a tomar una decisión”. Vid. GONZÁLEZ LAGIER (2003), p. 46.

⁴⁹ TARUFFO (2011), p. 207.

⁵⁰ Vid. TARUFFO (2011), p. 208.

ducido al juez al formular como verdadero un enunciado sobre los hechos y que versa sobre el contexto de descubrimiento, y, a la segunda, “motivación-documento”, que es el conjunto de enunciados del discurso judicial (o el documento en que se plasman), en los que se aportan las razones que permiten aceptar otros enunciados fácticos como verdaderos y versa sobre el contexto de justificación⁵¹.

Algunos entienden la “motivación-documento” en el sentido de que ella no guarda ni tiene que guardar ninguna relación con el proceso mental que ha llevado al juez a tomar la decisión, porque este procedimiento no es racional o, siéndolo, es de una racionalidad distinta. En esta aproximación, la motivación es entendida como una ficción o, a lo sumo, como una racionalización *a posteriori* de la decisión. CALAMANDREI lo grafica como “hipocresía formal”, indicando que “[l]as disposiciones de las leyes procesales que hemos recordado con anterioridad pueden hacernos pensar que la motivación es un expediente de hipocresía formal establecido, por así decirlo, para otorgar un disfraz lógico a la voluntad nacida de otros móviles, que pueden ser inclusive la arbitrariedad y la injusticia⁵².

La posición contraria –también extrema– entiende que la motivación-documento ha de ser un fiel reflejo de la motivación-actividad, y se alcanza cuando se hace explícito el *iter* mental que ha conducido al juez a adoptar la decisión, sea cual fuere el tipo de racionalidad de este *iter* o la ausencia de toda racionalidad.

La tesis que no repara suficientemente en la distinción entre descubrimiento y justificación es la llamada *concepción mentalista o psicologista* de la motivación, que expresa la posición de quienes entienden que motivar consiste en hacer explícito el proceso mental que ha llevado a la decisión, en realizar en definitiva un ejercicio de sinceridad⁵³, pareciendo ajustarse esta manera de entender la motivación y los contextos analizados, a los rasgos característicos de la concepción irracional o subjetiva de la valoración probatoria.

Los que sustentan esta postura continúan estimando imposible la motivación de la *quaestio facti*, pues consideran que es imposible o muy difícil

⁵¹ Vid. GASCÓN (2004), p. 206.

⁵² CALAMANDREI (1960), p. 124.

⁵³ GASCÓN (2000), p. 629.

la explicitación del proceso mental que ha llevado a la decisión; por lo mismo, refieren que en el caso de los tribunales colegiados, como ocurre con nuestros tribunales de juicio oral en lo penal, es imposible una motivación detallada, pues los diversos miembros del tribunal habrán de *descubrir* la conclusión, eventualmente de diversas formas, lo que da cuenta del error conceptual de asimilar la motivación a la reproducción del *iter* mental del juez de los hechos.

No debe existir, en consecuencia, una absoluta identificación de la motivación como discurso o documento, con la actividad que consiste en “descubrir” un enunciado fáctico, pero tampoco pueden resultar escindidos, pues siempre existirán elementos irracionales en el razonamiento probatorio del juez, pero no podrá servirse de ellos “sino es haciéndolos pasar por el tamiz de la justificación racional, pero el juez, al menos en un modelo cognoscitivistista tampoco puede descubrir una verdad que luego no esté en condiciones de justificar honesta o coherentemente mediante unos mismos patrones de racionalidad; y para ello deberá hacer uso de tales patrones en el propio proceso de averiguación de la verdad”⁵⁴.

2. *La inmediatez y los planos de descubrimiento y de justificación*

Todo este esfuerzo realizado a fin de entender el proceso de razonamiento judicial y la distinción entre los contextos ya anotados no es baladí y cobra realce si se le conecta con la inmediatez –la intervención personal y directa del juez en la práctica de la prueba–, pues, como se ha señalado, se suele sostener que las impresiones recibidas por el juez no pueden ser comunicadas, con lo cual la inmediatez se transforma en una barrera para el despliegue de la exigencia de motivación.

Esta distinción parece no estar clara en el razonamiento de los tribunales de nulidad, los cuales se escudan en la inmediatez para no controlar el establecimiento de los hechos, pues se tiende a identificar el proceso intelectual del juez de fondo por el cual toma la decisión o –en los términos aludidos con precedencia–, *descubre una hipótesis* y aquel por el cual aporta buenas razones para mantener dicha hipótesis –o *motiva su decisión*–. Se estima, entonces –erradamente–, que la fundamentación/motivación corresponde al primer contexto, es decir, se le identifica con lo que sucede en el fuero

⁵⁴ GASCÓN (2000), p. 630.

interno, en el ámbito de lo inefable, normalmente producto de impresiones heurísticas extraídas de los medios de prueba percibidos con intermediación por los jueces del tribunal oral. Consecuencia de lo anterior es la creencia de que en ello se agota la labor de motivación, es decir, dar cuenta que se apreciaron los medios de prueba y cuál fue el contenido de esa apreciación, sin la elaboración de las necesarias *inferencias probatorias empíricas* y que, por lo tanto, tales impresiones escapan al control que pueden hacer los tribunales a través del recurso de nulidad, concepción que se deja ver en el uso de términos tales como: “soberano”, “íntimo” “exclusivo”, “privativo y excluyente”, “inexpugnable”, “convicción”, etc., y que se suelen invocar como freno a la actividad de censura.

En una sentencia de reciente factura, graficando la crítica plasmada en estas reflexiones, se ha pronunciado la corte en los siguientes términos:

“[E]l vicio propuesto por el recurrente lo es con relación a la ponderación de la prueba, potestad jurisdiccional que el ordenamiento procesal vigente le ha conferido a los jueces del grado en forma privativa y excluyente, y esta Corte no podrá inmiscuirse en el razonamiento empleado por estos [los jueces de fondo], en el presente pleito, para arribar a sus conclusiones, bastando con que la sentencia haya apreciado la prueba y razonado para alcanzar sus convicciones en los términos establecidos por el artículo 297 del Código Procesal Penal, no vislumbrándose en el presente caso que se haya infringido la mencionada norma”⁵⁵.

Es válido sostener que el contacto directo con las pruebas –entendiéndose por tal que todo el material probatorio que será objeto del juicio oral se practique en presencia del juez– proporciona a este elementos de indudable *valor heurístico*, al igual que para quien interroga o contrainterroga, tales como el lenguaje gestual, las inflexiones de la voz, la seguridad al expresarse de los testigos o peritos, pero la identificación de la valoración de la prueba con la convicción que puede surgir en el adjudicador de aquel contacto implica plasmar la confusión entre ambos planos, pues, como señalamos, en el contexto de descubrimiento quedan reservadas aquellas impresiones, los elementos psicológicos o emotivos, no (enteramente) susceptibles de racionalización. En tanto, es algo totalmente distinto, el contenido del segundo de los planos, ya que este se conforma con aquello que sirve para justificar cognoscitivamente una determinada decisión sobre la prueba.

⁵⁵ *Francisco Sebastián Ojeda Unquén*, Rol N° 484-2020.

Perfecto ANDRÉS señala que un buen ejemplo de esta confusión o la falta de la conciencia necesaria puede verse en la sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Supremo N° 813/1993, de 7 de abril, en la que se lee:

“El ánimo homicida, o animus necandi, se ha de sustentar en un juicio de valor, juicio de inferencia propiamente dicho, para deducir racional y lógicamente, nunca de manera arbitraria, esa intención, deseo o dolo que en lo más profundo del alma humana se esconde habitualmente, para conocer el cual [...] los jueces han de actuar en funciones propias de psicoanálisis”⁵⁶.

De esta manera, la inmediatez —en su versión amplificada— sometería al juez a una serie de factores emocionales e irracionales sobre los que no podrá fundar la decisión de tener por probada determinada conclusión fáctica, por no ser posible de ser explicitado y controlado, tornándose así en una excusa para no justificar. La errada forma de entender la inmediatez parte, sin lugar a dudas, de ignorar la diferenciación entre los conceptos de descubrimiento y de justificación. Por lo anterior, es frecuente escuchar en el ámbito judicial expresiones cotidianas, pero que son un reflejo de esta confusión, tales como *“le creí a la víctima, pues sus ojos claramente dicen la verdad”* o que *“el testigo es veraz, pues su postura y presentación refleja que es un hombre de bien”* o finalmente *“el imputado es muy probablemente culpable, pues su mirada es fría y casi nunca levantó la cabeza”*.

Si impresiones como estas, a la hora de decidir, inclinan la balanza por una u otra alternativa, sin mayor fundamento que frases hechas o argumentos de fachada, sin lugar a dudas el sistema de libre valoración racional está lejos de ser comprendido y aplicado correctamente, infiltrándose así, en el razonamiento probatorio efectuado al alero del sistema de la inferencia inductiva, rasgos o elementos propios del sistema irracional o subjetivo de valoración.

Si no puede el juez explicar cognoscitivamente por qué ha dado valor a una declaración en desmedro de otra, o simplemente por qué no ha creído o, al contrario, dado valor de corroboración a determinado testigo, está escudándose en la inmediatez, claramente mal entendida, para no cumplir con su imperativo de justificar y explicitar cómo alcanzó determinada conclusión probatoria y, por ende, confundiendo el ámbito en que operaran cada uno de los planos que se han reseñado e impidiendo el consecuente control.

⁵⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ (2003a), p. 60.

Solo el juez de instancia está capacitado para determinar si el procesado ha respondido ‘sí’ o ‘no’; si contesta o se evade; si balbucea o responde con firmeza y seguridad; si solloza o ni se inmuta cuando es interrogado; si aduce *lapsus* de memoria ante preguntas embarazosas, y así sucesivamente. Pero ahí concluyen los beneficios de la intermediación. Lo que el juez infiera a partir del contacto directo con las pruebas pertenece ya a la esfera de la razón (no de la percepción). Por ejemplo, si, en el juicio oral, el acusado se desdice de lo declarado anteriormente en la instrucción, el juez deberá ponderar esas dos declaraciones en base a máximas de experiencia. Ahora bien, juzgar sobre la *idoneidad* y la *correcta aplicación* de las citadas máximas está al alcance incluso de quienes no han asistido a la vista⁵⁷.

Lo concerniente a las pruebas personales y, en especial, al tratamiento de la prueba testimonial, según Perfecto ANDRÉS⁵⁸, desde la óptica que nos mantiene ocupados, requiere de dos enjuiciamientos: uno acerca de la credibilidad del testigo, para saber si lo declarado es lo que realmente conoce y si su testimonio es, por tanto, atendible. Y otro relativo a la calidad informativa de los datos transmitidos, o sea, a su adherencia a la realidad empírica, añadiendo que, en lo relativo a la valoración de la credibilidad del testigo, suele operarse con el tópico de que la materia pertenece básicamente al campo de la intuición; es función de un *sexto sentido*, que permite captar en clave, obviamente no técnica, esos matices propios del lenguaje gestual que el juez percibe desde la privilegiada posición que la intermediación propicia y que, por ello, solo él podría apreciar.

Sin embargo, puede afirmarse que, aun tratándose de la obtención y valoración de la información relativa a la credibilidad del testigo, ello no debiera diferenciarse de la línea de enjuiciamiento que se refiere a la calidad informativa, ambos aspectos deben estar sustentados en *inferencias probatorias epistémicas*, cuya justificación externa se ajuste a los patrones formales de corrección, esto es, se deriven lógicamente o necesariamente de las premisas y cuya justificación interna se sustente en premisas epistémicamente robustas, todo lo cual deberá ser explicitado en la motivación a fin de propiciar un adecuado control intersubjetivo. Los elementos integrantes de la puesta en escena adoptada por el testigo (la palidez, el rubor, la seguridad o las dudas, y tantos otros) son procesados de la misma manera que cualquiera de los datos

⁵⁷ Vid. IGARTUA (1994), p. 156.

⁵⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ (2003a), pp. 62-63, y *vid.* (2003b), p. 58.

tomados de la realidad empírica. Esto es, tratados conforme a las máximas de experiencia a las que se atribuye aptitud para asociar deductivamente a aquellos alguna conclusión. La única diferencia es que, al proceder así en este campo –sobre todo si falta conciencia clara del método y se piensa que la cuestión es más bien de olfato–, se opera del mismo modo que en el curso habitual de la vida de relación, cuando se forma criterio sobre las personas⁵⁹.

Efectivamente, si bien puede predicarse que en virtud de la inmediación el tribunal está en una mejor posición para fiscalizar la veracidad de las declaraciones y que las partes están también en una posición privilegiada para evidenciar falsedades o animadversiones, con todo ha de considerarse también que la apreciación que realiza el tribunal no es neutra, pues está cargada de emotividad, juicios, prejuicios o preconcepciones⁶⁰, que, de no mediar la obligación de explicitar el razonamiento de forma intersubjetiva, permanecerán en lo más profundo del fuero interno de quien es obligado a decidir.

Por otra parte, debemos recordar que el juez no tiene la percepción directa del hecho a probar; lo que tiene es la percepción directa e inmediata del elemento de prueba que permite formar su juicio en orden a cómo ha ocurrido un determinado hecho, pudiendo producirse en la percepción de dichos elementos distorsión en la información por ellos aportada, en especial la de los medios personales (testigos, víctima, peritos), cuya percepción de los hechos es un tipo de experiencia abierto a la ambigüedad y al error, pues se señala que “...el problema está ya en la captación de los datos fácticos, esto es, antes aún de entrar en las cuestiones de valoración [...] pues, mientras la literatura jurisprudencial, en el caso de las pruebas personales, habla de la percepción como un fenómeno lineal que se produce casi por contacto como efecto mecánico de la inmediación, los expertos en psicología del testimonio presentan un universo problemático donde los haya, invirtiendo realmente el planteamiento [...] el recuerdo defectuoso no es la excepción sino la regla”⁶¹.

⁵⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ (2003a), p. 63.

⁶⁰ Es aquí, por ejemplo, por donde se filtran en mayor medida los prejuicios de género. *Vid.* ARAYA (2020), pp. 46 y ss.

⁶¹ ANDRÉS IBÁÑEZ (2003a), p. 61. Es muy clarificador el incidente relatado por este autor referente al “atizador de Wittgenstein”, sobre el que señala: “Aludo al famoso encuentro de Popper y Wittgenstein, producido en el King’s College, de Cambridge, el 25 de octubre de

Finalmente a propósito de contestar la última pregunta de este tránsito, sobre el real aporte de la intermediación, los elementos irracionales que el juez pueda obtener del contacto directo con la prueba, poseen la virtualidad de proveerle de impresiones de gran valor *heurístico*, destinadas, por ejemplo, a formular hipótesis sobre los hechos del caso, pero dado que el juez no aprecia directamente los referidos hechos, en rigor, no estuvo en el sitio del suceso en el momento que estos ocurrieron, y solo tiene la percepción directa e inmediata del elemento de prueba, debe necesariamente racionalizar esas impresiones y someterlas a las obligadas *inferencias probatorias epistémicas*, explicitándolas a través del vehículo que la motivación le provee.

VII. CONCLUSIONES

Las reflexiones anteriores nos permiten, en primer término, ubicar correctamente el principio de intermediación en el mapa que, con auxilio de la estructura del sistema racional de valoración probatoria, hemos trazado. La intermediación constituye, de este modo, uno de sus pilares fundamentales, que no puede ser examinado en forma aislada, sino en concurso e interrelación con los demás elementos, a saber: con el sistema de corroboración de hipótesis; la exigencia de motivación y el control de la decisión por medio de los recursos que las legislaciones provean, en nuestro caso, el recurso de nulidad. De ello fluye que la intermediación no es un método autónomo de valoración probatoria, sino únicamente una técnica para la formación de la

1946, con ocasión de la conferencia organizada por la sociedad de Ciencias Morales de la Universidad: Popper, como conferenciante sostenía la existencia de verdaderos problemas filosóficos, Wittgenstein –que tenía en la mano el atizador de la chimenea, encendida– negaba que fueran tales problemas y no enredos o meras cuestiones de lenguaje por aclarar. Pues bien, el estado y el uso de ese instrumento por el filósofo, en el calor de la discusión (si estaba o no al rojo, si gesticulaba con él, alzándolo amenazadoramente, o lo empleaba para recalcar sus palabras, jugueteando, si, al concluir su intervención salió de forma brusca o sosegada...) son cuestiones sobre las que no ha sido posible hacer la luz, a partir de las versiones de lo sucedido ofrecidas por los presentes, entre los que se encontraban observadores tan cualificados como Russell o Toulmin, por poner sólo dos ejemplos”. Ídem. Es lo que hace decir a Edmonds y a Eidinow: “Resultaba fascinante e irónico que los testimonios, contradictorios entre sí, procedieran de personas que por profesión se ocupan de teorías epistemológicas, acerca de las bases del conocimiento, de cómo se comprenden las cosas y de qué es la verdad. Con todo, se trataba del desarrollo de unos sucesos sobre los que los testigos presenciales se mostraban en desacuerdo respecto a cuestiones cruciales relativas a los hechos en sí, no a su interpretación”. EDMONDS Y EIDINOW (2001), p. 15.

prueba o, si se quiere, una garantía instrumental preordenada a hacer efectivos otros principios, como son, entre otros, la libre valoración probatoria.

La intermediación así entendida no produce conocimiento mágico o extático, que fluya del solo contacto, por el juez de los hechos, con el medio de prueba y que de esta manera permanezca inmune a la exigencia epistemológica de realizar las ineludibles inferencias probatorias empíricas, en los dos niveles de análisis a que debe sujetarse la valoración de todo elemento de juicio, es decir, la individual que debe recaer sobre la credibilidad o atendibilidad del medio de prueba y la valoración de conjunto, que permite calibrar la corroboración que ofrecen todas las evidencias a las hipótesis en competencia. Debe descartarse, sin más, la tesis que sostiene que de la prueba recibida con intermediación se obtiene información que excluye todo diálogo intersubjetivo y, por ende, el control por un órgano distinto de aquel que pronunció la declaración de hechos probados. Para clarificar lo anterior, nos parece que ha resultado propicio el análisis realizado de la opaca distinción entre prueba directa y prueba indirecta, y la necesaria conclusión que no existen diferencias ontológicas entre ellas.

La imbricación que existe entre intermediación y motivación es crucial para el estudio realizado, el que pone el acento en la distinción entre los planos de descubrimiento y justificación y la tendencia que existe en identificar la obligación de motivar con la actividad que consiste en dar cuenta del *iter* mental o psicológico del juez que lo ha llevado a determinada conclusión sobre los hechos, lo que se conecta, igualmente, con la errada y amplificada concepción de la intermediación. Nuestro Código Procesal Penal impone altas exigencias a los jueces y juezas a la hora de motivar la decisión a la cual han arribado, en lo que a la premisa fáctica importa. Es por ello que la intermediación debe ser comprendida en su justa dimensión —como técnica al servicio de la producción y valoración probatoria— y no como un escudo que impide el debido escrutinio del establecimiento de los hechos.

Entonces, si la intermediación exige, por una parte, la “presencia” ininterrumpida de todos los sujetos procesales, entre ellos el juez de los hechos, durante todo el desarrollo del juicio oral, y, por la otra, que el juez que recibió directamente la prueba sea el mismo que dicte sentencia, la que debe fundarse en dichos elementos de juicio y no en otros no rendidos en su presencia o en su conocimiento privado, no se vislumbra la pretendida afectación a la intermediación que se reclama en estrados por estos días, pues dichas exigencias se cumplen a cabalidad a través de las audiencias realizadas

por *videoconferencias bidireccionales sincrónicas*, las que permiten el despliegue del contradictorio y la apreciación de la prueba en los términos ya anotados.

Dijimos al inicio de este ensayo que nuestros esfuerzos se centrarían en algunas de las objeciones que se formulan al despliegue de la intermediación a través de audiencias virtuales. Creemos habernos hecho cargo de muchos de estos reparos, no obstante ello la única arista que a través de la interpretación de que hemos dado cuenta no ha resultado del todo cubierta es aquella que, mediante la exigencia de la presencia de los sujetos procesales en el juicio oral, permite la comunicación *in situ*, inmediata y fluida del abogado y su representado a los efectos de tomar rápidas decisiones estratégicas en el marco de la litigación. Para subsanar esta eventual afectación al derecho a defensa, cuya concreción debe ser examinada a la luz de las garantías efectivamente conculcadas, es necesario proveer mecanismos a fin de que el abogado defensor y su representado se encuentren “físicamente” en un mismo lugar, pero para ello no es necesario que, manteniéndose las condiciones de emergencia sanitaria, sea todo el tribunal el que deba trasladarse allí. No obstante lo anterior, la realización de juicios por videoconferencias no afecta a la intermediación en sus otras aristas, en la sana interpretación que hemos propuesto, más allá de lo que puede ser afectada en la *conexión viva tridimensional*.

Finalmente, solo cabe agregar que la forma de realización de las audiencias de juicios orales reconocen sustento normativo en el cambio legislativo sufrido por el artículo 329 del Código Procesal Penal, en noviembre de 2005, que permitió la declaración por sistema de videoconferencia sincrónica y bidireccional, bajo los requisitos y en los casos que regula, pero que al ser extendido a otras hipótesis, permite concluir que no conculca la garantía o principio de intermediación correctamente entendido, según se ha plasmado en este estudio, o al menos como dijimos, no más que cuando se verifica el juzgamiento en modo presencial.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO SCAGIOTTI, Daniela (2002): “Notas sobre la aplicación de la distinción entre los contextos de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial”, en *Revista de Derecho UACH*, vol. XIII.
- (2005): *La motivación de las sentencias. Genealogía y teoría*. Tesis Universidad de Granada. Disponible en <<http://hera.ugr.es/tesisugr/15837889.pdf>>.

- (2010): “El modelo legal de justificación de los enunciados probatorios y su control a través del recurso de nulidad”, en ACCATINO, Daniela (ed.), *Formación y valoración de la prueba en el proceso penal* (Santiago, Editorial LegalPublishing).
- ALLENDE SÁNCHEZ, Fernando (2019): “Concepción racional del principio de inmediación en segunda instancia. Una cuestión de compatibilidad y respeto a los derechos fundamentales”, en ARAYA, Marcela *et al.* (coords.), *Reflexiones sobre la prueba judicial. En homenaje al profesor Manuel Miranda Estrampes* (Santiago, Editorial Librotecnia).
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto (2003a): “Sobre el valor de la inmediación. (Una aproximación crítica)”, en revista *Jueces para la Democracia* N° 46. Disponible en <<http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2003/03/revista-46-marzo-2003.pdf>>.
- (2003b): “Sobre prueba y proceso penal”, en revista *Doxa. Discusiones* N° 3. Disponible en <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcb2896>>.
- ARAYA NOVOA, Marcela (2020): “Género y verdad. Valoración racional de la prueba en los delitos de violencia patriarcal”, en *Revista de Estudios de la Justicia* (Universidad de Chile) N° 32. Disponible en DOI: 10.5354/0718-4735.2020.56915.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel (2006): *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (Lima, Palestra).
- CALAMANDREI, Piero (1960): *Proceso y democracia* (traducción de Héctor Fix Zamudio), (Buenos Aires, Ejea).
- CARNELUTTI, Francesco (1982): *La prueba civil* (traducción de Niceto Alcalá Zamora), (Buenos Aires, Depalma).
- CERRATO, Elisabet y PICÓ I JUNOT, Joan (2008): “El control de la valoración judicial de las pruebas personales en la segunda instancia”, en CARPI, Federico y ORTTELLS RAMOS, Manuel (eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Coloquio de la Asociación Nacional de Derecho Procesal. Disponible en <<http://www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp7pic.pdf>>.
- DEI VECCHI, Diego (2018): “La apelación por errores en la valoración de la prueba en el Código Nacional de Procedimientos Penales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, vol. 51, N° 153.

- Disponible en <<http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v51n153/2448-4873-bmdc-51-153-711.pdf>>.
- DE PAULA RAMOS, Vitor (2019): *La prueba testifical* (Madrid, Marcial Pons).
- EDMONDS, David y EIDINOW, John (2001): *El atizador de Wittgenstein. Una jugada incompleta* (traducción de María Morrás), (Barcelona, Península).
- ELLERO, Pietro (1994): *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal* (Buenos Aires, El Foro).
- FERRER BELTRÁN, Jordi (2007): *La valoración racional de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2000): “La racionalidad en la prueba”, en *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso), N° 45.
- (2003): “Concepciones de la prueba. Observaciones a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo”, en revista *Doxa, Discusiones* N° 3. Disponible en <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmctf919>>.
 - (2004): *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba* (Madrid, Marcial Pons).
 - (2009): “La motivación de la prueba”, en ORTEGA, Santiago (ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico* (Lima, Ara Editores).
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2003): “Hechos y argumentos (racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II)”, en *Revista Jueces para la Democracia* N° 47. Disponible en <<http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2003/07/revista-47-julio-2003.pdf>>.
- (2005): *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción* (Bogotá, Temis).
 - (2018): “Distinciones, estipulaciones y sospechas sobre los criterios de valoración y los estándares de prueba”, en BENFELD, Johann y LARROUCAU, Jorge (eds.), *La sana crítica bajo sospecha* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- HERRERA ABIÁN, Rosario (2006): *La intermediación como garantía procesal (en el proceso civil y en el proceso penal)* (Granada, Comares).
- IACOVELLO, Francesco (1997). *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in casazione* (Milán, Guiffré Editore).
- IGARTUA SALAVAERRIA, Juan (1994): *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal* (Valencia, Tirant lo Blanch).

- (2009a): *El razonamiento en las resoluciones judiciales* (Lima, Palestra).
 - (2009b): “Los indicios tomados en serio”, en ORTEGA, Santiago (ed.), *Interpretación y razonamiento jurídico* (Lima, Ara Editores).
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2012): “Hacia un estándar de prueba civil”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 3. Disponible en <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v39n3/art08.pdf>>.
- TARUFFO, Michele (2002): *La prueba de los hechos* (traducción de Jordi Ferrer), (Madrid, Marcial Pons).
- (2011): *La motivación de la sentencia civil* (traducción de Lorenzo Córdova), (Madrid, Marcial Pons).
- WALTER, Gerhard (1985): *Libre apreciación de la prueba* (Bogotá, Temis).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Ministerio Público con Francisco Sebastián Ojeda Unquén* (2020): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 27 de julio de 2020 (recurso de nulidad). Buscador de jurisprudencia poder judicial.
- Ministerio Público con Jaime Figueroa Durán* (2017): Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de julio de 2017 (recurso de nulidad). Buscador Thomson Reuters, cita *online* CL/JUR/4786/2017.
- Ministerio Público con Jorge Antonio Ambrosetti Kramer* (2016): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 21 de octubre de 2016 (recurso de nulidad). Buscador Thomson Reuters, cita *online* CL/JUR/8023/2016.
- Ministerio Público con S.A.A.D y D.A.A.D* (2013): Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 4 de noviembre de 2013 (recurso de nulidad). Buscador de jurisprudencia del Poder Judicial.
- Ministerio Público con Cruces Lefhuala, Juan Perfecto* (2009): Corte de Apelaciones de Valdivia, de 5 de enero de 2010 (recurso de nulidad). Buscador Thomson Reuters, cita *online* CL/JUR/80/2010.

ESTÁNDAR DE PRUEBA PERICIAL PSICOLÓGICA

FORENSIC PSYCHOLOGICAL STANDARD OF PROOF

MIGUEL MORALES DAHMEN*
NORKA DEL CANTO MUGA**-***

RESUMEN: Se aborda la necesidad de establecer un estándar de prueba para las investigaciones periciales psicológicas, en el contexto de una solicitud pericial desde el tribunal. Se formula que uno de los desafíos más relevantes para la psicología forense de la actualidad consiste en lograr determinar una metodología tal que calce con la lógica cartesiana deductiva con la que se lleva a cabo la labor judicial. La sana crítica requiere, necesariamente, de un estándar mínimo que se base en resultados de una evaluación psicológica psicométrica, es decir, fundada en estimaciones de probabilidad estadística para determinadas actitudes, comportamientos o sentimientos de sujetos en una población de referencia, en relación con aquello que se requiere investigar, según la solicitud pericial.

ABSTRACT: We analyze the need to establish a standard of proof for forensic psychological research, used to resolve a request from the court. It is formulated that one of the most relevant challenges for current forensic psychology is to determine an appropriated methodology to fits with the deductive Cartesian logic with which judicial work is carried out. Judicial logic requires a minimum standard based on the results of a psychometric evaluation that is, based on estimates of statistical probability for certain subject's attitudes, behaviors or feelings from a reference population, related to what is required to investigate, according to forensic request.

PALABRAS CLAVE: Estándar de prueba, evaluación, psicológica.

KEYWORDS: Standard of proof, evaluation, psychological.

* Psicólogo y máster en Psicología Clínica, Legal y Forense por la Universidad Complutense de Madrid. Docente del Instituto de Estudios Judiciales. Correo electrónico: miguel_morales_dahmen@yahoo.es.

** Psicóloga y magíster en Intervención Psicojurídica y Forense por la Universidad Diego Portales. Docente del Instituto de Estudios Judiciales. Correo electrónico: ndelcanto.m@gmail.com.

*** Agradecemos los valiosos comentarios y aportes efectuados por Estela Cofré Abarca, abogada y curadora *ad litem*.

I. INTRODUCCIÓN

En el evento judicial cuyo devenir requiera apoyo técnico-científico para ilustrar el análisis del sentenciador, previo a la toma de decisiones, aparece la figura denominada del perito, el cual puede ser de diversas materias, toda vez que se define como un experto en una ciencia, arte u oficio. De esta manera, se pueden solicitar peritos según la situación judicial amerite mayor información para ser esclarecida. Dentro de esta gama de peritos, se encuentran los peritos psicólogos, los cuales deben ser profesionales de la psicología, con una especialización y experiencia profesional revisada por las Ilustres Cortes de Apelaciones de las diferentes regiones del país, y que responde a acreditar estudios superiores en el área, experiencia práctica y profesional en la misma.

Bajo esta premisa, lo que guía la intervención del perito es responder a la denominada pregunta psicojurídica, la cual es emitida por el tribunal. Dependiendo de la materia en litigio, se define esta pregunta, no obstante, existen eventuales situaciones de alta complejidad que dificultan el poder diferenciar qué es lo que se necesita conocer y, en ello, qué pregunta se debe formular.

Una de las principales complejidades al momento de generar esta diferenciación pasa por la superposición de los objetivos que son perseguidos por el tribunal y/o las partes y, por otro lado, por las nociones técnicas que los peritos psicólogos puedan tener al momento de determinar la metodología y consecuente respuesta a la pregunta psicojurídica formulada.

Es necesario identificar que el eje de actuación de un perito es la psicología jurídica y forense, sin perjuicio de ello, las principales herramientas y elementos con los cuales se cuenta nacen o aparecen desde las nociones clínicas de funcionamiento patológico y/o psiquiátrico, de este modo, la cuestión a resolver radica en si la patología, cuadro o síndrome detectados en el peritado responden a los hechos pertinentes y controvertidos, fijados en la causa, y que determinaron el alcance de la pericia.

Uno de los escenarios que más requiere el acompañamiento de la prueba pericial psicológica es el área de familia, puesto que los litigios que revisten mayor complejidad son, la mayoría de ellos, de naturaleza interdisciplinar. Por ejemplo, solicitudes judiciales concernientes a la Protección (P), Custodia o Régimen Directo y Regular (C) y causas de Violencia Intrafamiliar (F) plantean, como principales a averiguar, el identificar si

el adulto responsable de niños, niñas y adolescentes tienen *suficientes* habilidades parentales para poder ejercer el cuidado, o si la presunta víctima de actos de violencia intrafamiliar ha sufrido un daño emocional tal que la califica como víctima de maltrato infantil o violencia de pareja, según sea el asunto que se ventile.

II. ELEMENTOS CLAVE DE LA PSICOLOGÍA COMO HERRAMIENTA PARA LA EVALUACIÓN PERICIAL

1. Origen de la evaluación psicológica

1.1. Concepto

La personalidad, el carácter, el temperamento, la inteligencia o el modo de ser de cualquier individuo es siempre difícil de definir, puesto que la mente se compone de múltiples factores que aún están en camino a ser descubiertos. Preguntas –coloquiales y/o técnicas– como: ¿de qué modo medir y comprender los estados psíquicos, los sentimientos, las emociones? ¿Cómo evaluar la inteligencia o el rendimiento mental? ¿Cuándo un sujeto tiene una enfermedad mental? han sido tan complejas de responder que ha movido a que muchas escuelas psicológicas hayan surgido para intentar responder este tipo de preguntas.

Simultáneamente, la ciencia de la psicología ha establecido como objetivos de la evaluación psicológica, entre otros, describir al individuo y sus características, formular hipótesis explicativas acerca de cómo se han desarrollado estas características, determinar qué condiciones mantienen o cambian al individuo y, particularmente, intentar explicar y predecir el comportamiento.

2. Historia

La evaluación psicológica surgió con la psicología diferencial, dada la necesidad de evaluar las características individuales y diferenciales presentes en los seres humanos, compartiendo el origen del psicodiagnóstico como disciplina científica. Francis Galton, McKeen Cattell y Aldred Binet utilizaron procedimientos de evaluación de algunas funciones psicológicas creando pruebas y aparatos para su medición. El método de correlaciones

de Galton llevado a cabo en 1877 es considerado el hito del origen de las pruebas psicológicas.

Los primeros tests psicológicos tuvieron la intención de medir inteligencia y se diseñaron con metodología experimental deductiva, por lo que tenían un énfasis psicométrico. Binet desarrolló una concepción de inteligencia centrada en los productos intelectuales más que en sus constituyentes básicos. Las escalas de inteligencia de Binet y Simon incluyeron pruebas más complejas, destinadas a explorar procesos mentales de orden superior: memoria, comprensión o juicio.

Se han identificado cuatro características como las más importantes para un test psicométrico: confiabilidad, validez, estandarización y objetividad.

3. Escuelas y enfoques psicológicos en la evaluación

En relación con el objetivo de la evaluación psicológica, se pueden indicar dos afluentes teóricos posibles que serían antecedentes filosóficos de las escuelas o enfoques psicológicos que intentan explicar y/o predecir la mente y la conducta del individuo.

3.1. Empiristas (Aristóteles-Locke)

Que plantean que el conocimiento proviene de la experiencia, por tanto:

i) No confía en la introspección ni requiere hacer inferencias sobre supuestas causas internas.

ii) Son positivistas, es decir, que su conceptualización del comportamiento humano depende del método científico.

iii) La mente es una construcción que no existe realmente. Lo que existe son las conductas, que son formas de actuar propias y constantes en un individuo que, en su conjunto, dan lugar al rasgo.

3.2. Racionalistas (Platón-Descartes)

Que plantean que el conocimiento proviene de la razón, por tanto:

i) El verdadero conocimiento (ideas abstractas) es innato y acude a la conciencia gracias a la reflexión.

ii) Son esencialistas: la mente es una estructura interna a la base del comportamiento, una entidad objetiva, que existe realmente. La persona posee una organización dinámica interna, con una historia y existencia propia.

4. *La psicometría versus la proyección*

La psicometría se construye sobre las bases del empirismo, en tanto establece la presencia de rasgos del individuo evaluado, en base a su población de referencia, por tanto:

- i) Arroja resultados con un rango de confiabilidad (es replicable).
- ii) No depende de la subjetividad del evaluador (es objetiva).
- iii) Requiere ser pertinente al aspecto preciso que se necesita evaluar (tiene validez).
- iv) Posible de ser manipulado por el evaluado.
- v) Si cumple con criterios de confiabilidad y validez, puede predecir la conducta.

Por su lado, la evaluación proyectiva indaga en condiciones estructurales de la mente del evaluado, según sus características y circunstancias subjetivas:

- i) Sus resultados son profundos y explican la dinámica de la mente del evaluado.
- ii) Indaga posibles eventos en la vida del evaluado a partir de su percepción subjetiva.
- iii) Depende del oficio del evaluador.
- iv) Posee mayor sesgo y error que las pruebas psicométricas, puesto que depende de la subjetividad del evaluador.
- v) Su principal valor está en explicar la *psiquis*, la emocionalidad y la conducta del evaluado.

5. *Pruebas proyectivas y pruebas psicométricas*

Una de las técnicas de evaluación psicológica más utilizada es la de test proyectivos de dibujo gráfico. Esta “sobreutilización” pudiera explicarse (muy tentativamente) por su bajo costo, ya que solo requiere de un lápiz y papel. Asimismo, test proyectivos profundos requieren la compra, por única vez, de material evaluativo. Tal es el caso del Test de Rorschach, el Test de Relaciones Objetales o el Test de Apercepción Temática.

Los test psicométricos, en cambio, son más costosos, puesto que implican compra de material y *softwares* de corrección, que suelen tener un número limitado de aplicaciones tanto para la obtención del perfil como para el informe de interpretación.

A su vez, diversos países han mostrado una preferencia por uno u otro tipo de test, debido a que sus escuelas o tradiciones disciplinares provienen de diversas líneas fundantes, a saber, psicología de la conducta o psicoanálisis. Por ejemplo, España y EE. UU. poseen tradición en el uso de test psicométricos para la evaluación psicológica, mientras que Argentina se muestra proclive a la utilización de metodología proyectiva para el mismo propósito.

En cualquier caso, no es correcto indicar que las pruebas psicométricas (cuantitativas) son mejores o peores que las proyectivas (cualitativas), ya que entregan información que debe ser leída de forma complementaria, no antagónica. Lo relevante es delinear una estrategia de investigación específica que logre responder a la pregunta psicojurídica en cada caso.

III. ESTÁNDAR DE PRUEBA PSICOLÓGICA

1. Intento de definición de estándar de prueba

En el ámbito del derecho y la academia existe mucha literatura que revisa e intenta establecer un estándar, patrón o parámetro de prueba para que sea admitida dentro de la reflexión judicial, y que posibilite inclinar la balanza de la justicia hacia los intereses de la parte que la presente.

En el área del derecho civil, el estándar de prueba ha sido definido⁴ como el umbral que permite saber si un relato puede considerarse probado dentro de un proceso. El mismo autor indica que un estándar probatorio es la respuesta que ofrece la ley procesal ante la inquietud de cuándo una narración se encuentra acreditada (o descartada) al concluir el litigio. O sea, se trata de una norma (legal o no) que reparte los riesgos de errores –el peligro de que el juez se equivoque en la sentencia definitiva– en escenarios cuyo rasgo común es la incertidumbre.

Para el ámbito penal, el autor BELTRÁN⁵ indica que el estándar de prueba se refiere a pautas de suficiencia en la determinación factual que, aunque no en plena certeza, permiten lograr la aceptabilidad –en términos de probabilidad– de los diversos enunciados de hecho establecidos en sede adjudicativa.

⁴ LARROUCAU (2012), pp. 780-808.

⁵ BELTRÁN (2012), pp. 454-479.

Y en términos del derecho, en general, otros autores⁶ señalan que el estándar de prueba se constituye como un elemento importante para que el adjudicador pueda contar con un parámetro más o menos objetivo al momento de tomar una decisión, sobre la base de la prueba que aporten las partes o que pueda obtener de oficio, según lo permitan los procedimientos que establezca la ley.

De modo ilustrativo, resulta interesante revisar el funcionamiento del derecho anglosajón que, en sintonía con lo revisado, describe que el estándar de prueba puede definirse como la cantidad de evidencia que debe presentarse ante un tribunal antes de que un hecho pueda decirse que existe o no existe. No obstante, distingue entre el estándar de prueba a seguir en la justicia penal (más allá de toda duda razonable) y el estándar de prueba en procedimientos civiles (equilibrio de probabilidades)⁷.

2. Necesidad de establecer un estándar de prueba

En cuanto a la necesidad de contar con un estándar de prueba en los procedimientos judiciales, se ha indicado que precisar un estándar de prueba es importante, puesto que ejerce influencia sobre la forma en que se selecciona el material probatorio y la ponderación de los medios mismos que realiza el juez al dictar sentencia⁸.

A su vez, el esquema de funcionamiento judicial insta a los sentenciadores a seguir los principios de la sana crítica, o sea, a realizar juicios correctos. Para lo anterior, yendo a las fundaciones del raciocinio lógico, DESCARTES⁹ asevera, en su célebre obra *El discurso del método*, que es precisamente necesario seguir un método, es decir, es necesario saber qué camino ha de seguir la razón para no extraviarse. Si bien no son equivalentes razón y método, a la vez, DESCARTES señala que no hay sana crítica –o razón– sin un método adecuado.

Así, siguiendo al autor LARROUCAU¹⁰, la búsqueda de la minimización de errores implica, entonces, fijar un estándar de probabilidad prevaleciente,

⁶ JARA y VIGNEAUX (2017), pp. 12-19.

⁷ All Answers Ltd, 'Criminal or Civil Standard of Proof' (Lawteacher.net, June 2020).

⁸ AGUILAR (2016), pp. 11-30.

⁹ DESCARTES (1637), pp. 67-74.

¹⁰ LARROUCAU (2012), pp. 783-808.

es decir, definir un mínimo para que la evidencia llegue a tal punto que el tribunal pueda inclinarse por el hecho que haya sucedido más probablemente, frente a otro que no resulte tan probable. Veíamos que este es el mismo significado que el derecho anglosajón atribuye a la prueba tal que debe desequilibrar las probabilidades hacia uno de los dos lados de la balanza. Si aquello acaece así, la carga o cantidad ha sido cumplida y el estándar o umbral superado.

Dadas estas premisas, que exista la necesidad de determinar la mayor probabilidad de un hecho nos lleva, necesariamente, a hablar en porcentajes, puesto que el porcentaje alude a la probabilidad o posibilidad numérica de ocurrencia que tiene un hecho; un 80 % o 90 %, por ejemplo, de probabilidad que ocurra determinado fenómeno, nos indica una marcada estimación de que lo que se indica numéricamente, en efecto, ocurrirá.

Cuando se cuenta con documentos que inclinan la percepción del juez hacia la veracidad fáctica, no queda lugar a la dubitación. Pero, en el caso de procedimientos judiciales, donde se consideran impresiones subjetivas, sentimientos, afectaciones emocionales o condiciones personales para desempeñar una tarea:

- i) ¿Cómo hacer para que un hecho resulte más probable que el otro?
- ii) ¿Cómo aproximarse al estándar de prueba necesario para que la prueba presentada empuje la decisión judicial hacia uno de los dos costados de la balanza?

En este momento cabe explicitar el objetivo del presente texto, esto es, establecer una metodología objetiva, válida y confiable que permita proveer al tribunal una prueba pericial psicológica que ofrezca información sobre los peritados que no dependa de la valoración subjetiva del psicólogo evaluador, sino que se base en resultados objetivos, es decir, independientes de la lectura discrecional que el perito psicólogo tenga de los sentimientos, afectaciones emocionales o condiciones personales del individuo evaluado.

Para dar respuesta a estas preguntas, se postula que esta impresión subjetiva, sentimiento, afectación emocional o condición mental del individuo debe ubicarse en el ámbito de la probabilidad porcentual que ocurra, dentro de unos parámetros de normalidad poblacional. Esto es, que se fije una estimación porcentual numérica que localice la manifestación mental del sujeto investigada como probable o improbable de encontrar en su población de

referencia. De este modo, la prueba psicológica podrá definir si el asunto legal investigado en el sujeto es normal o anormal.

La psicometría establece la presencia de rasgos del individuo evaluado, en base a su población de referencia, o sea:

- i) Arroja resultados con un rango de confiabilidad (es replicable).
- ii) No depende de la subjetividad del evaluador (es objetiva).
- iii) Requiere ser pertinente al aspecto preciso que se necesita evaluar (tiene validez).
- iv) Si son manipulados por el evaluado, se invalidan.
- v) Si cumple con criterios de confiabilidad y validez, puede predecir la conducta.

Así, entonces, los test psicométricos cumplirían el estándar de prueba psicológica, puesto que son técnicas que miden rasgos y/o factores de forma aislada, que consiguen ubicar al individuo evaluado en un rango específico de acentuación o atenuación de dicho rasgo o dimensión de la personalidad, dentro de la distribución normal del mismo rasgo, en la población de referencia.

El resultado de la medición de un sujeto evaluado a través de una prueba psicométrica adjudicará un puntaje en determinado rasgo, que debe ser interpretado objetivamente, y que señalará la presencia, si es el caso, de una acentuación anormal de dicho rasgo, según lo normal o esperable en su población de referencia.

Si el proceso judicial necesita establecer la presencia o ausencia de tales condiciones en el sujeto evaluado que le acrediten determinado estatus (idoneidad parental, daño psíquico, etc.), el resultado de una evaluación psicométrica (que cumpla con condiciones de coherencia y sinceridad) proveerá de información objetiva, válida y confiable para la mejor resolución judicial.

3. Aplicaciones del estándar propuesto para prueba psicológica

En causas de custodia o régimen directo y regular, donde se deben detectar características personales apropiadas para el cuidado, será necesario que cada parte pruebe que cuenta con un espectro normal de condiciones para la labor de custodia, es decir, un conjunto promedio o adecuado de dichas capacidades y que, en cualquier caso, dichas condiciones del sujeto deben ser las más apropiadas, en resguardo del beneficio del niño, niña y/o adolescente.

En causas de violencia intrafamiliar (cualquier variante) u otras denuncias donde se alega daño psicológico (protección), será necesario que la

parte denunciante pruebe la afectación del daño psíquico, puesto que es de carga del denunciante, quien debe dar cuenta de la cualidad de su daño, el que podrá tener diversas consecuencias para el denunciado, dependiendo del alcance y características del proceso de reparación psicológica para la parte denunciante.

Específicamente, en causas VIF, un punto fundamental en este tipo de procesos es determinar que el daño que se pudiera pesquisar en un o una denunciante obedezca al actuar del denunciado/a. Sin embargo, la paradoja en este tipo procesos es que, si bien es posible develar daños mediante test psicométrico, no es posible determinar con psicometría el nexo causal entre el presunto agresor/a y el daño provocado a la parte denunciante, puesto que no existen test que midan la ejecución de violencia intrafamiliar. Para ello habrá que valorar daño en la parte denunciante y, a la vez, medir peligrosidad en denunciado/a por VIF.

En denuncias de daño moral (demanda civil o laboral), debiera ocurrir un proceso similar, en tanto la parte denunciante genera la acción porque considera sentirse merecedor de una indemnización, las más de las veces, económica. Esa cantidad de dinero cedida como indemnización debiera guardar una proporcionalidad con el daño psíquico detectado psicométricamente y su consiguiente reparación.

4. Test psicométricos sugeridos. Descripción y aplicación

A continuación mencionamos test psicométricos que miden, numéricamente, condiciones psicológicas que deben examinarse en procedimientos judiciales donde es requerida la evaluación pericial psicológica:

4.1. Presencia y calidad de las habilidades o competencias parentales en adultos

i) Test PAI (Personality Assessment Inventory): es una evaluación comprehensiva de la psicopatología en adultos mediante 22 escalas: 4 escalas de validez (inconsistencia, infrecuencia, impresión negativa e impresión positiva); 11 escalas clínicas (quejas somáticas, ansiedad, trastornos relacionados con la ansiedad, depresión, manía, paranoia, esquizofrenia, rasgos límites, rasgos antisociales, problemas con el alcohol y problemas con las drogas); 5 escalas de consideraciones para el tratamiento (agresión, ideaciones suicidas, estrés, falta de apoyo social y rechazo al tratamiento),

y 2 escalas de relaciones interpersonales (dominancia y afabilidad). En el ámbito forense, el PAI es utilizado tanto para el *screening* y diagnóstico como para la detección de grupos forenses específicos (p. ej., valoración de peligrosidad, custodia de menores, psicopatía, maltrato). En la corrección informatizada, se ofrecen baremos chilenos.

ii) Test CUIDA (Cuestionario para la Evaluación de Adoptantes, Cuidadores, Tutores y Mediadores): prueba con 14 variables de personalidad fundamentales en el establecimiento y mantenimiento de relaciones interpersonales, especialmente en situaciones de asistencia y cuidado. En la corrección informatizada, se ofrecen baremos chilenos.

iii) Test e2p: cuestionario confeccionado en Chile que se compone de 54 reactivos que dan cuenta de comportamientos cotidianos de crianza que reflejan el despliegue de la competencia parental en cuatro áreas: vínculo, formación, protección y reflexión.

iv) Test PARI (Instrumento sobre Actitudes Parentales): evalúa las opiniones de los progenitores acerca de los hijos, así como los roles parental y familiar, en 16 factores. Adaptación española por doctora en Psicología, Marta Ramírez G., año 2001.

4.2. Presencia y calidad de las habilidades o competencias parentales en niños

i) Test TAMAI: Cuestionario español que describe la Autoevaluación de la Inadaptación Personal, Social, Escolar, Familiar y Actitudes Educadoras de los Padres, comprendiendo diferentes factores en cada una de estas áreas, desde la perspectiva del niño evaluado. Incluye, asimismo, dos escalas auxiliares de “fiabilidad” o del estilo de realización de la prueba. Se considera al niño y/o adolescente desde una perspectiva funcional (diagnóstico con un criterio más práctico, real y operativo, donde el alumno se desarrolla) e integral (porque cubre las esferas personal, escolar, social y familiar).

ii) Inventario de percepción de los padres: cuestionario español autoaplicado, breve, de fácil administración y fácilmente comprensible (incluso por niños pequeños de cinco años), sobre las percepciones de los niños respecto de las conductas problemáticas de sus padres, así como su incremento o decremento, y como medida cualitativa de las relaciones padre-niño, comparando el grado de similaridad percibida entre los padres.

iii) Escala de creencias infantiles sobre el divorcio parental: escala objetiva de reducido tamaño, de confección española, que resulta ser adecuada para ser usada en el contexto legal, dado el pequeño número de ítems y cualidades psicométricas aceptables.

4.3. Evaluación de daño psíquico

i) SCL-90-R, Symptom Checklist 90 Revised: apreciación de 9 dimensiones sintomáticas de psicopatología y 3 índices globales de malestar. Con baremos chilenos.

ii) BDI, Inventario de Depresión de Beck: cuestionario que explora la presencia de 7 grupos de síntomas asociados a la depresión: estado de ánimo triste, baja autoimagen, sentimientos de culpa y pesimismo, pensamientos autodestructivos, labilidad emocional, bajo rendimiento y alteración de los ciclos vitales, sueño, apetito y sexualidad.

iii) S.T.A.I., Inventario de Ansiedad Estado-Rasgo: prueba que define la presencia de ansiedad como un rasgo de personalidad permanente, en contraste con la aparición de una condición emocional transitoria –un estado– de ansiedad.

iv) EPQ-A, Cuestionario de Personalidad de Eysenck: test de 94 ítems que evalúa 3 dimensiones básicas de la personalidad: neuroticismo (inestabilidad), introversión-extroversión y psicoticismo (dureza). Cuenta, además, con subescala (sinceridad).

4.4. Evaluación de peligrosidad o riesgo de violencia

i) IVE-J, Escala de Impulsividad, Afán de Aventura y Empatía: contempla la valoración de 3 escalas: M (tendencia a responder rápidamente a los estímulos sin detenerse a pensar o deliberar sobre la conveniencia o las consecuencias de la realización de la conducta; relacionada con la delincuencia, desórdenes afectivos y dificultades en el aprendizaje); AA (conducta arriesgada y la búsqueda de sensaciones, en cuanto a necesidad de experimentar, de forma consciente, el riesgo que puede suponer tal experiencia); EM (capacidad de aprehensión del estado o condición emocional del otro). 77 preguntas.

ii) EBS-J, Escala de búsqueda de sensaciones para niños y adolescentes: variante para niños de 11 a 16 años.

iii) ASB, Escala de conducta antisocial: autoevaluación de conductas: predelictivas (ir en autobús sin billete, escaparse del colegio, etc.); delictivas

(robo en propiedad ajena, agredir a la gente, etc.); de transgresión de normas sociales según la edad (fumar, consumir bebidas alcohólicas, etc.)

iv) E.I., Escala de Impulsividad de Plutchik y Van Praag: escala diseñada para evaluar conductas impulsivas. Consta de 15 ítems que se refieren a la tendencia del paciente a “hacer cosas sin pensar” o de forma impulsiva. Todos ellos se relacionan con una posible falta de control sobre determinadas conductas.

v) AQ, Cuestionario de Agresión: escala diseñada para medir agresividad física, agresividad verbal, irascibilidad y hostilidad.

IV. PROPUESTA DE PREGUNTA PSICOJURÍDICA PARA PERICIA PSICOLÓGICA EN LA JUDICATURA DE FAMILIA

A continuación se presenta un cuadro que propone preguntas psicojurídicas a formular para solicitar evaluación pericial psicológica, según la materia de familia, a saber: cuidado personal, contacto directo y regular, medidas de protección, abuso sexual y VIF.

ASUNTO EN TRIBUNAL DE FAMILIA	PREGUNTA PSICOLEGAL SUGERIDA	ÁREA DE INVESTIGACIÓN PSICOJURÍDICA	TEST PSICOLÓGICOS RECOMENDADOS
C Cuidado personal Contacto directo y regular Divorcio unilateral	Habilidades parentales con énfasis en vínculo / apego. Procesos de alienación parental.	<ol style="list-style-type: none"> Presencia y calidad de competencias parentales: <ul style="list-style-type: none"> - Cuidado (salud, sobrevivencia) - Contención (límites, seguridad) - Afecto (atención, disponibilidad) Diagnóstico de trastorno mental, especialmente, en cuando afecten las competencias parentales. Indagar en distribución de rol entre los padres. Evaluación del proyecto de custodia de cada progenitor y su viabilidad (disposición a frecuencia de contacto con el hijo, y modificación del régimen de contacto, de acuerdo a la etapa etaria del niño). Valoración de funcionalidad de la organización post-ruptura, ya sea de hecho o regulada por resolución judicial. 	<ul style="list-style-type: none"> • CUIDA • Instrumento sobre Actitudes Parentales • Inventario de percepción de los padres • Escala de creencias infantiles sobre el divorcio parental • e2p: Escala de Parentalidad Positiva (baremos chilenos, pero escala con 4 grados positivos) • PAI

ASUNTO EN TRIBUNAL DE FAMILIA	PREGUNTA PSICOLEGAL SUGERIDA	ÁREA DE INVESTIGACIÓN PSICOJURÍDICA	TEST PSICOLÓGICOS RECOMENDADOS
<p>P</p> <p>Medidas de protección</p> <p>Abuso sexual</p> <p>RPA</p>	<p>Daño psíquico niños</p> <p>Credibilidad de testimonio en niños</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Tipo de maltrato (calidad, frecuencia, intensidad). <ol style="list-style-type: none"> 1.1 Conducta (circunstancial) o relación de maltrato (estructural). 1.2 Activo o pasivo. 2. Historia de vulnerabilidad previa. 3. Áreas afectadas (existencia y gravedad). 4. Sintomatología - psicodiagnóstico del eventual trastorno. 5. Evolución - pronóstico - tratamiento. <p>Credibilidad de testimonio en niños: DEBE ser derivado a Fiscalía.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Test daño psíquico en niños
<p>F</p> <p>Violencia</p> <p>Intrafamiliar</p>	<p>Daño psíquico adulto.</p> <p>Control de impulsos.</p> <p>Consumo alcohol / drogas.</p> <p>Trastornos mentales asociados.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Tipo de maltrato (calidad, frecuencia, intensidad). <ol style="list-style-type: none"> 1.1 Conducta (circunstancial) o relación de maltrato (estructural). 1.2 Activo o pasivo. 2. Historia de vulnerabilidad previa. 3. Áreas afectadas (existencia y gravedad). 4. Sintomatología - psicodiagnóstico del eventual trastorno. 5. Evolución - pronóstico - tratamiento. <p>El trastorno de control de impulsos se manifiesta de manera permanente en el sujeto. Por tanto, no es correcto suponer trastorno del control de impulsos en un sujeto que es discrecional al momento de expresar conductas de aparente descontrol (violencia, agresión, maltrato).</p> <p>En el consumo, se identifica:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Cantidad, frecuencia, sustancias. - Afectación del entorno familiar, laboral, social. - Impacto en el funcionamiento cognitivo. - Trastornos mentales a la base. 	<ul style="list-style-type: none"> • SCL-90 • BDI • STAI • EPQ-A • • IVE-J • EBS-J • ASB • EI • AQ • PAI

V. CONCLUSIONES

Conforme con la revisión de literatura chilena referente a estándar de prueba, y siguiendo los principios de la lógica deductiva cartesiana, característica de la sana crítica, se concluye que el estándar de prueba debe representarse en una probabilidad porcentual, que permita al sentenciador apreciar una certeza numérica que incline su decisión hacia la prueba de mayor probabilidad de ocurrencia.

En el asunto específico de fijar un estándar de prueba pericial psicológica, se consigue establecer que la metodología psicométrica de evaluación psicológica se ajusta a los requerimientos de la lógica cartesiana deductiva propia de la labor judicial, en cuanto a realizar una estimación de probabilidad estadística para responder a la pregunta psicojurídica (solicitud pericial), determinando la normalidad o anormalidad de actitudes, conductas o sentimientos de sujetos, comparados con su población de referencia.

Justamente, la prueba pericial psicológica en cuanto ámbito del trabajo del perito psicólogo es la que se pretende mejorar a través de este ensayo, aportando con la formulación de una metodología de investigación sobre cuestiones psicológicas que ilustre sobre los resultados de la pericia de manera objetiva y, por tanto, útil para el procedimiento judicial.

En cualquier caso, junto con el establecimiento de este estándar de prueba pericial psicológica, será fundamental que jueces, abogados y demás actores del sistema estén debidamente capacitados en la materia que nos convoca, puesto que, de otro modo, la falta de actualización técnica en materias interdisciplinarias generará graves errores al momento de formular la pregunta psicojurídica, pudiendo obtener respuestas, vía informe psicológico pericial, con información innecesaria y/o inútil.

El afán central de este artículo persigue, justamente, aportar en la actualización de los intervinientes desde la valoración de la prueba, con foco en la respuesta ulterior al conflicto legal e interpersonal.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR MUÑOZ, Alejandra (2016): “Aproximación a una noción conceptual del estándar de prueba en el procedimiento laboral chileno”, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 6, 1.
- BELTRÁN CALFURRAPA, Ramón (2012): “Estándares de prueba y su aplicación sobre el elemento material de la prisión preventiva en Chile”, en *Política Criminal*, vol. 7, Nº 14, art. 6.
- BERMEJO, Fernando *et al.* (2014): *Cuestionario para la Evaluación de Adoptantes, Cuidadores, Tutores y Mediadores*, CUIDA, 4ª edición (Madrid, TEA Ediciones).
- CROMWELL, Ronald (1968): *Development of a Parental Attitude Research Scale for use with lower and middle classes. A Master's Thesis* (B.S. Kansas

- State University), (traducción y adaptación Marta Ramírez González, 1995), [Material del aula] Madrid.
- DEL CANTO, Norka y MORALES, Miguel (2019): *Diplomado Psicología Jurídica para juicios de familia* (Santiago, Instituto de Estudios Judiciales [Material del aula], ANM).
- DESCARTES, René (2018): *Discurso del método para bien conducir la razón y buscar la verdad en las ciencias* (Madrid, Editorial Trotta).
- GÓMEZ MUZZIO, Esteban y MUÑOZ QUINTEROS, María (2014): *Escala de Parentalidad Positiva e2p*, 2ª edición (Santiago, Fundación Ideas para la Infancia).
- HAZZARD A. *et al.* (1983): *Inventario de percepción de los padres* (validación de Merino Fuentealba, César *et al.*, 2003, *Persona* N° 6).
- JARA ASTUDILLO, Nadia y VIGNEAUX RAMÍREZ, Cristián (2017): *Estándar de prueba en el proceso civil: estudio sobre los tipos de estándar de prueba y su necesidad en el futuro proceso civil chileno*. Memoria para grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Colecciones Tesis de Pregrado, Universidad de Chile.
- KURDEK L. A. y BERG B. (1987): “Escala de creencias infantiles sobre el divorcio parental” (traducción M. Ramírez, 1999), en *Psicología Conductual*, vol. 7, N° 1.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2012): “Hacia un estándar de prueba civil”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39, N° 3.
- LAWTEACHER.NET (2020): “Criminal or Civil Standard of Proof”. Disponible en <<https://www.lawteacher.net/free-law-essays/criminal-law/criminal-or-civil-standard-of-proof-law-essays.php?vref=1>> accessed 30 June 2020>.
- MOREY, L. C. (2007): *Personality Assessment Inventory o Inventario de evaluación de la personalidad PAI* (adaptación española de M. Ortiz-Tallo *et al.*, 2011) (Madrid, TEA Ediciones).
- SCHAEFER, E.S. y BELL, R.Q. (1955): *Parental Attitude Research Instrument (P.A.R.I.)* (traducción y adaptación Marta Ramírez González, 2001), [Material del aula] (Madrid).

II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIALES

CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS INTERNACIONALES. EL CASO NORÍN CATRIMÁN Y OTROS

INTERNATIONAL JUDGEMENT.
THE NORÍN CATRIMAN *ET AL.* CASE

MARÍA ANGÉLICA BENAVIDES CASALS*

RESUMEN: El presente trabajo no pretende más que ser un aporte a la discusión de las formas de mejora y perfeccionamiento en la protección de los derechos humanos, ámbito en el que Chile tiene, por despliegue de competencias soberanas, normas nacionales e internacionales que aplicar, compatibilizar y permitir un sistema que otorgue a largo plazo seguridad jurídica. se plantea el veredicto que la Corte Suprema entregó con ocasión del cumplimiento del fallo en el caso Norín Catrimán vs. Chile ante la Corte Interamericana. El trabajo cuestiona la decisión de la Corte Suprema. No la intención protectora de la Corte Suprema. Pero sí el camino escogido, toda vez que pasa por alto normas nacionales e internacionales que debe seguir y respetar si queremos, y es el afán de todos, un sistema que entregue altos estándares de seguridad jurídica y permanencia en el tiempo.

ABSTRACT: The present work is not intended to be more than a contribution to the discussion of ways to improve and improve the protection of human rights. An area in which Chile has, due to the display of sovereign powers, national and international standards to apply, make compatible, and allow a system that provides long-term legal certainty. the verdict that the Supreme Court delivered on the occasion of compliance with the ruling in the case of Norín Catrimán v. Chile before the Inter-American Court. The work questions the decision of the Supreme Court. Not the protective intention of the Supreme Court. But if the chosen path, every time it ignores national and international standards that it must follow and respect if we want, and it is everyone's desire, a system that delivers high standards of legal certainty and permanence in time.

PALABRAS CLAVE: Corte Suprema, jurisdicción internacional, derecho internacional de los derechos humanos.

KEYWORDS: Supreme Court, International Jurisdiction, International Human Rights Law.

* Doctora en Derecho Universidad del Sarre Alemania. Abogado Pontificia Universidad Católica (PUC). Profesora de Derecho Internacional Público Universidad Finis Terrae. Correo electrónico: mbenavidescasals@yahoo.com.

I. INTRODUCCIÓN

La relación entre el derecho nacional y el derecho internacional (en adelante DIP) no es pacífica. Los Estados se comprometen mediante su consentimiento al cumplimiento de diversas normas jurídicas internacionales¹. En el caso de los tratados y el sometimiento a sus órganos de control, es mediante la ratificación. El presente artículo pretende entregar algunos elementos para una discusión en curso y necesaria, relativa a las competencias internas para el cumplimiento de sentencias internacionales. El objetivo también es dejar planteada la discusión constitucional sobre competencias para el cumplimiento de sentencias internacionales.

Se entregarán, entonces, algunas consideraciones del fallo de la Corte Suprema² (en adelante CS) sobre el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH o Corte Interamericana) *Norín Catrimán y otros vs. Chile*³. Es así que el presente trabajo no pretende un análisis de la sentencia de la Corte Interamericana. Más bien se trata de analizar el veredicto dictado por la CS para el cumplimiento de la sentencia antes mencionada.

Este trabajo parte de la premisa que las sentencias internacionales emanadas de los órganos internacionales, cuya competencia ha sido reconocida por un Estado, deben ser cumplidas⁴. No se trata de una declaración vacía y de buena crianza. Se trata más bien del cumplimiento de una fuente formal que compromete jurídicamente a los Estados parte en un juicio internacional. Se planteará, sin embargo, la apertura que el propio DIP entrega para cumplir esos fallos, sin atentar a lo que el Estado se encuentra obligado internacionalmente, respetando su orden interno.

II. LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Atendido que este trabajo no tiene por objeto el análisis de la sentencia, obligatoria para Chile, dictada por la Corte IDH, solo se hará una referencia somera a ella.

¹ ORREGO-VÍCUÑA (2004); SÁNCHEZ-RODRÍGUEZ (2003).

² Veredicto de 16 de mayo de 2019.

³ Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C Nº 279.

⁴ DOEHRING (1986); BENAVIDES (2015).

Los hechos que dan origen al caso en el sistema interamericano se refieren a tres sentencias dictadas por tribunales chilenos, en los que fue aplicada la Ley N° 18.314 que tipifica y sanciona conductas terroristas.

La Corte IDH señala, en la parte de la sentencia que importa para este trabajo, que el Estado de Chile es responsable “por la violación del principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia, así como por la violación del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley y del derecho a la libertad personal [...], el derecho de la defensa a interrogar testigos, [...] el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, [...] el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, [...] derechos políticos [...] también resolvió que Chile es responsable por la violación del derecho a la protección a la familia”.

La Corte IDH ordena:

“El Estado debe adoptar todas las medidas judiciales, administrativas o de cualquier otra índole para dejar sin efecto, en todos sus extremos, las sentencias penales condenatorias emitidas en contra de los señores Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, Florencio Jaime Marileo Saravia, Juan Patricio Marileo Saravia, José Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán y la señora Patricia Troncoso Robles sobre las cuales la Corte se pronunció en esta Sentencia, en los términos del párrafo 422 de la presente Sentencia”.

La competencia de la Corte se extiende a cuatro ámbitos según el procedimiento establecido en la Convención y en su Reglamento⁵: declarar la responsabilidad internacional del Estado según el artículo 63 de la Convención⁶: 1) estableciendo el derecho violado; 2) el cese tal violación; 3) medidas reparatorias, e 4) indemnización.

⁵ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945).

⁶ “Artículo 63:

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.
2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

La sentencia de la CIDH ordenó dejar sin efecto las sentencias contra los ciudadanos recurrentes “en todos sus extremos”. Es necesario comprender que la Corte no pudo desconocer el artículo 2 de la Convención al ordenar dejar sin efecto las sentencias por las que el Estado violó la Convención. Se trataba, entonces, de encontrar en el léxico general y por momentos vago del DIP, funcional a las diferencias entre los estados⁷, que permitiera a Chile acatar la sentencia y salir de la responsabilidad internacional.

III. OBLIGACIÓN DE CUMPLIMIENTO DEL ESTADO DE CHILE

Las sentencias internacionales son fuentes jurídicas y, por tanto, vinculantes para el Estado en contra del que se pronuncian⁸. No es disponible para los Estados optar por su no cumplimiento, ya que en ese caso se suma otra responsabilidad internacional a la ya declarada por el tribunal internacional. Esta consistiría en la violación a una norma jurídica vinculante, sentencia en este caso, respecto de la que el Estado ha voluntariamente entregado su consentimiento en obligarse, mediante el reconocimiento de competencia.

Considerando el objeto de este trabajo, enfocaremos el análisis en el cumplimiento que ha dado el Estado de Chile a la obligación contenida en la sentencia internacional, referida a dejar sin efecto, “en todos sus extremos”, las sentencias nacionales condenatorias emitidas contra los chilenos mapuche precedentemente señalados.

Cabe destacar que en el seguimiento que se había realizado de la sentencia de la Corte Interamericana, esta había destacado, entre otras, que no existían órdenes de detención contra los afectados, habían sido borrados los antecedentes penales de ellos en registros internos respectivos y la entrega de becas de estudios para los hijos de los afectados.

Pero se mantenía pendiente el dejar “sin efecto en todos sus extremos” las sentencias condenatorias. La CS señala en su “veredicto” que estas sentencias ya habían perdido sus efectos y, por ende, la subsistencia de tales actuaciones judiciales “supone la permanencia de actuaciones que han sido declaradas por el tribunal internacional competente como conductas lesivas

⁷ FASTENRATH (1988).

⁸ SÁNCHEZ-RODRÍGUEZ (2003); BENAVIDES (2015).

de las garantías fundamentales”⁹ y, por tanto, declara que dichas sentencias habían “perdido los efectos que les son propios”¹⁰.

Es en este punto donde se abre la discusión, no del cumplimiento de una sentencia internacional, sino del cómo.

Con el objeto de analizar la obligación que pesa sobre el Estado para el cumplimiento en el ámbito interno de la sentencia en comento, es necesario analizar normas de DIP general, del sistema interamericano y del derecho chileno.

IV. NORMAS DEL DIP GENERAL:

ARTÍCULOS 26 Y 27 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA Y SU RELACIÓN CON EL 54 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

Tanto el artículo 26 como el 27 de la Convención de Viena (en adelante CV) se alegan como fundamento de una preferencia del DIP frente al derecho nacional y, por ende, atribuirle una suerte de capacidad reformativa o incluso anuladora de las normas internas. Esto es un error. Ni el DIP, salvo disposición expresa del tratado, ni el derecho nacional, pueden anular o dejar sin efecto normas del otro ordenamiento.

Ambos artículos contienen la expresión convencional de una obligación consuetudinaria en que se basa el origen del DIP: el *pacta sunt servanda*.

El artículo 26 ordena el cumplimiento desde que el tratado se encuentra ratificado, es decir, establece el momento desde el cual se hace jurídicamente vinculante y, por tanto, exigible para el Estado.

En tanto el artículo 27 señala que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

El artículo 27 no señala el cómo cumplir. Lo que establece es una razón normativa procedente del ámbito de la responsabilidad internacional en caso de incumplimiento: justificado que sea el incumplimiento de una obligación internacional por existencia de una norma de derecho nacional, se deriva responsabilidad internacional. No significa efectos sobre la norma

⁹ Considerando 5°.

¹⁰ Ídem.

nacional derivada de contradicciones con la norma internacional. Esa es la razón por la que la Corte Interamericana no dispone, por ejemplo, que “ha dejado de ser válida”, “ha dejado de producir sus efectos” o “ha dejado de ser oponible a los condenados”. Como veremos más adelante, porque ella no tiene esa competencia.

Como bien lo señala la profesora Ximena FUENTES, el artículo 27 de la CV nunca tuvo por objeto obligar a los Estados a otorgar primacía al derecho internacional sobre el derecho interno en el ámbito del derecho nacional. El artículo 27 tenía como objetivo que los Estados respetaran sus obligaciones en el plano internacional. Para entender la norma es necesario conocer su origen. En la época de discusión de la CV, Pakistán se encontraba en problemas de índole limítrofe con sus vecinos, entre otras diferencias. Lo que ese país no quería era que, llegado el momento y habiéndose adoptado un acuerdo vinculante con otro Estado, por ejemplo, en materias limítrofes, ese otro Estado alegara una norma interna para desconocer la existencia del acuerdo previo. Es decir, un acto unilateral nacional por el que desconociera el acuerdo anterior al que llegó con Pakistán. Ese fue el origen de la norma.

“Sólo se proponía reiterar que el derecho internacional prevalece sobre el derecho interno en el ámbito internacional. Ningún Estado votó en contra del artículo 27, lo cual merece especial consideración atendido el hecho de que, entre los Estados que aceptaron la norma se encontraban varios Estados que sólo otorgan, en su derecho interno, jerarquía legal a los tratados. ¿Cómo podrían, entonces, haber aceptado una disposición que habría traído como consecuencia la necesidad de efectuar una reforma radical a su derecho constitucional y a la distribución de competencias entre sus órganos internos?”¹¹.

Esa es la razón por la que ningún Estado se opuso a la norma. Y en ello tiene razón el profesor NOGUEIRA¹². Pero por las razones recién señaladas y no por otras. Este artículo 27 no vino a cambiar la relación de libertad en que los Estados articulan su derecho y el internacional, bajo el presupuesto del cumplimiento de buena fe.

Este artículo, entonces, nos dice: si el Estado no cumple en el ámbito internacional, se deriva responsabilidad internacional. Esto debido a que

¹¹ FUENTES (2007) y FUENTES (2014), p. 600.

¹² NOGUEIRA (2017).

una cosa en DIP es declarar responsabilidad, la otra es que eso signifique señalar la forma en que se sale de esa responsabilidad.

Esta norma y su trasfondo es lo que se señala en el artículo 54 de la Constitución de la República de Chile (en adelante CPR) sobre las atribuciones del Congreso¹³, que sostiene que “las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. Si estuviésemos de acuerdo, todos los Estados, que la obligación derivada del artículo 27 de la Convención de Viena es la de definir jerarquía y, por ende, determina la vigencia y validez de la norma nacional, el artículo 54 mencionado habría sido hace largo tiempo ya declarado como aquel en que se refleja, en nuestro ordenamiento interno, la supremacía jerárquica de las normas de DIP sobre las nacionales. Y esto nunca ha sido así.

El sentido que debe atribuirse a la norma constitucional citada es el acuerdo básico de los Estados, fundamental y basal, que ambos órdenes no se invalidan. Y que eso depende de una disposición expresa, ya sea del tratado o de una disposición constitucional que entregue al DIP esa función en su relación con el nacional. En nuestro caso, el artículo 5° de la CRP.

Es decir, mal podemos utilizar estos dos artículos para fundamentar que la sentencia de la Corte IDH supone la existencia de una fuente (que lo es), pero cuya naturaleza le permite a un órgano interno el superponerla sin atender a las obligaciones, funciones y restricciones que emanan del derecho interno. Estos artículos nos permiten decir: Chile se sometió a la Corte IDH y debe acatar los fallos. Pero es el Estado de Chile el que debe definir, con respeto a los órdenes, internacional y nacional, el cómo.

V. EN EL ÁMBITO ESPECÍFICO REGIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS DD. HH. ARTÍCULO 2 Y SU RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 5 DE LA CONSTITUCIÓN

En este ámbito veremos cómo Chile cumple la sentencia y sale de la responsabilidad internacional declarada por la Corte Interamericana. Y esto lo debe hacer respetando dos órdenes: el específico interamericano de protección de los DD. HH. (la Convención Interamericana) y el orden nacional.

¹³ Artículo que, en una técnica legislativa confusa, recoge normas dispersas relativas al derecho internacional convencional.

El artículo 2 de la CIDH llena de contenido específico, en el ámbito de dicho instrumento internacional, los enunciados de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, siendo además en el caso chileno coherente con la normativa constitucional: el artículo 54 de la CPR, y es además complementario con el artículo 5° de la Constitución¹⁴. Este último artículo también señala qué normas del ordenamiento nacional e internacional coexisten¹⁵, en el ámbito de los DD. HH., sin atribución para invalidar una sobre la otra, al menos con claridad absoluta respecto de normas constitucionales. Es, en caso de contradicción o supuesta contradicción, un problema de compatibilidad y no de jerarquía, nulidad, vigencia o validez.

El artículo 5° permite, una vez ratificado el tratado, es decir, manifestado el consentimiento estatal de vincularse jurídicamente por una norma convencional internacional, establecer un límite en el actuar de aquellos que ejercen potestades públicas. No establece preferencia normativa. Solo señala que, considerado un caso en el que el agente estatal deba actuar, es imprescindible que el límite a cuidar es el de los derechos mencionados. Es, por lo tanto, la propia Constitución la que ordena la necesidad de interacción de ambos ordenamientos

Por otra parte, la aplicación que los órganos estatales deben realizar de la Convención, en el ejercicio de sus funciones, debe también ser ajustada al derecho nacional actual (texto expreso del artículo 2 de la Convención Interamericana). Ambos derechos, tanto el internacional como el nacional, conviven, y por otro lado nuestro sistema nacional no contiene sanción de invalidez para normas contrarias al DIP. El operador nacional debe hacer convivir ambas normas, haciéndolas compatibles, mediante una interpretación armónica, mientras no exista un procedimiento ajustado a las normas constitucionales nacionales (artículo 2 de la Convención)¹⁶.

¹⁴ BENAVIDES (2017).

¹⁵ El artículo 5° de la CPR, al señalar que el límite para aquel que ejerce soberanía (señalados en el inciso 1° del artículo), está dado por derechos que, emanando de la naturaleza humana, estén necesariamente contenidos en la Constitución y en tratados internacionales de DD. HH. Lo que no significa establecer posición de jerarquía entre ambos ordenamientos (Constitución y tratados de DD. HH.). Lo que hace, en definitiva, es ponerlos en situación de convivencia sin relación jerárquica, debiendo aquel que ejerce soberanía considerar ambas normas, llenando de contenido sus disposiciones de acuerdo a los mecanismos de interpretación propios de cada uno.

¹⁶ BENAVIDES (2017).

Por lo tanto, es la propia Convención Interamericana, por texto expreso de su artículo 2, que llama al Estado de Chile a adecuar sus normas en caso de ser necesario, respetando su propio ordenamiento interno. No hay competencia entre ambos órdenes.

Desde el sistema chileno es el propio artículo 5° de la Constitución que nos remite tanto al ordenamiento internacional y, por ende, al artículo 2 de la Convención y las normas nacionales, para efectos que los poderes del Estado desplieguen sus competencias y funciones respetando ambos sistemas. Ni el artículo 2 de la Convención ni el artículo 5° de la Constitución dan luces siquiera medianas que “algo” o “alguien” pide pasar por sobre las competencias internas de los órganos judiciales. Muy por el contrario. Ambos sistemas refuerzan y se hacen coherentes en que deben ser respetados.

VI. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

La decisión de la Corte Suprema, de definir que las sentencias internas penales “han perdido los efectos que le son propios”, escapa a las competencias internas que la Constitución le asigna, y que el artículo 2 de la Convención Interamericana le pide expresamente cuidar. No hay recurso alguno, norma alguna que le permita a algún tribunal chileno señalar que esa es una declaración posible. Muy distinto es el caso que atendidas pruebas y nuevos elementos de juicio recabados con ocasión de un procedimiento ante la Corte Interamericana, la Corte Suprema decida anular el fallo interno por aplicación de un recurso de revisión establecido en los artículos 473 y siguientes del Código Procesal Penal chileno¹⁷.

Siendo, en consecuencia, el mandato a que lleva el sometimiento que Chile ha hecho a la competencia de la Corte Interamericana, el de cumplir sus fallos, mediante adecuaciones legales, administrativas o de otro carácter (artículo 2 de la Convención), que ese cumplimiento debe ser, entonces, dentro de los marcos constitucionales chilenos, no existiendo un recurso o competencia que autorice a la Corte Suprema a declarar que alguna sentencia “ha perdido sus efectos”, lo que correspondía en este caso concreto era que la Corte Suprema se abstuviese de entregar dicha resolución y solicitara al Poder Ejecutivo, tal como lo hace o recomienda en sus cuentas públicas,

¹⁷ Aplicado correctamente en el caso *Maldonado y otros vs. Chile*, sentencia de 2 de septiembre de 2015.

una reforma constitucional que le autorice el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH en estos contextos y dentro de las medidas a adoptar que recaigan en competencias de carácter judicial. Ese solo hecho, y la activación de una reforma constitucional, hubiesen sido antecedente suficiente para la Corte Interamericana que Chile estaba en camino de cumplir la sentencia en la parte que aún faltaba por darle pleno efecto.

No dudo, sin embargo, que la Corte Suprema actuó guiada por un celo extremo de cumplimiento de las obligaciones internacionales. Exceso de entusiasmo y de sentido del deber pueden haberla llevado a la dictación del “veredicto” entregado. Pero esta disposición al cumplimiento y los mecanismos activados no quitan que se alejó, aun cuando bien intencionada, de las normas tanto nacionales como internacionales a las que debe someterse.

El derecho es lo que es y no lo que uno quiere que sea, salvo que medien las reformas necesarias. La utilización activista del DIP solo conduce a un ambiente de inseguridad jurídica, al descrédito del ya tan vapuleado DIP y a ralentizar cada día más las reformas al sistema interamericano que nos permitan grados mayores de protección de los DD. HH. Tránsito que sí recorrió el sistema europeo basado en un fino y delicado equilibrio entre sistemas nacionales, competencia del Tribunal Europeo de DD. HH. y sus sentencias, que trajeron como respuesta, luego de décadas de funcionamiento, un sistema en el que la competencia del tribunal es obligatoria y existe un recurso individual para accionar ante él.

Figuras como el control de convencionalidad creado por la Corte Interamericana de DD. HH., concepto difuso, del que se habla mucho sin, a veces, más argumentos de los que emanan del deseo de lo que el derecho debiera ser o bajo temores de parecer críticas políticamente incorrectas hacia la Corte, no soluciona estos problemas. Más aún, los profundiza¹⁸.

La actuación de la Corte Suprema, si bien valiente y altamente protectora de los DD. HH. y respetuosa del reconocimiento de competencia de la jurisdicción internacional, contribuye no solo a la inseguridad jurídica al traspasar competencias y normas nacionales e internacionales. Perdió ante todo la oportunidad de ser agente de cambio legislativo y constitucional, que habría dado una proyección al sistema interconectado de protección de los DD. HH. que se deriva del ámbito nacional e internacional.

¹⁸ Este trabajo no pretende tratar el tema del control de convencionalidad, ya que no fue mencionado en el voto de mayoría del veredicto entregado por la Corte Suprema.

BIBLIOGRAFÍA

- BENAVIDES CASALS, María Angélica (2015): “El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *27 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*.
- (2017): “El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia)”, en *Estudios Constitucionales CE-COCH*, vol. 15, N° 2.
- DOEHRING, Karl (1986): “Die Rechtsprechung als Rechtsquellen des Völkerrechts”, en *Universität Heidelberg / Juristische Fakultät: Richterliche Rechtsfortbildung*. Müller, Jur. Verl.
- FASTENRATH, Ulrich (1988): *Lücken im Völkerrecht* (Berlin, Duncker & Humblot).
- FUENTES, Ximena (2007): “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”, en *Publicaciones del SELA* (Escuela de Derecho, Universidad de Yale).
- (2014): “La jerarquía y el efecto jurídico del derecho internacional en el sistema jurídico chileno”, en AA. VV., *Una vida en la Universidad de Chile: Celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés* (Santiago, Legal-Publishing-Thomson Reuters-La Ley).
- 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*, Año 13, N° 15.
- ORREGO-VICUÑA, Francisco (2004): “Creación del derecho en una sociedad global: ¿importa todavía el consentimiento?”, en *Estudios Internacionales* 37, 146.
- SÁNCHEZ-RODRÍGUEZ, Luis Ignacio (2003): “La apoteosis del consentimiento: de la noción de fuentes a los procesos de creación de derechos y obligaciones internacionales”, *16 Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* (Madrid, Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, IHLADI).

COMENTARIO RESOLUCIÓN
CORTE SUPREMA, AD-1386-2014.
CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DE CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,
CASO NORÍN CATRIMÁN Y OTROS (DIRIGENTES,
MIEMBROS Y ACTIVISTA DEL PUEBLO INDÍGENA
MAPUCHE) VS. CHILE

COMMENTARY SUPREME COURT RESOLUTION, AD-1386-2014.
ENFORCEMENT WITH THE JUDGMENT OF THE INTER-AMERICAN
COURT OF HUMAN RIGHTS, NORÍN CATRIMÁN ET AL. CASE (LEADERS,
MEMBERS AND ACTIVIST OF THE MAPUCHE INDIGENOUS PEOPLE) V.
CHILE

CHRISTIAN VIERA ÁLVAREZ*

RESUMEN: El autor analiza lo resuelto por la Corte Suprema en ejecución de lo juzgado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Norín Catrimán y otros vs. Chile en lo pertinente a su decisión de dejar sin efecto sin invalidar el fallo condenatorio. Con ello, sostiene el autor, se elude, a partir de un giro gramatical y una desautorizada interpretación originalista de la Constitución, una acuciante problemática de facticidad constitucional.

ABSTRACT: The author analyzes the decision of the Supreme Court in execution of the judgment issued by Inter-American Court of Human Rights in Norín Catrimán et al. v. Chile case, regarding its pronouncement to annul without invalidating the conviction. With this, the author maintains, it is avoided based on a grammatical twist and an unauthorized originalist interpretation of the Constitution, a pressing problem of constitutional facticity.

PALABRAS CLAVE: Sentencia Corte Interamericana, cumplimiento, pérdida de efectos, facticidad.

KEYWORDS: Inter-American Court judgment, enforcement, loss of effect, factuality.

* Profesor titular, Escuela de Derecho Universidad de Valparaíso. Correo electrónico: christian.viera@uv.cl.

I. CONTEXTO

El 7 de agosto de 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a conocimiento de la Corte Interamericana el caso *Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros respecto de la República de Chile*. Según el parecer de la Comisión, el Estado de Chile era responsable por la violación de los siguientes derechos consagrados en la Convención Americana: el principio de legalidad (art. 9); la igualdad ante la ley y no discriminación (art. 24); la libertad de expresión y los derechos políticos establecidos en los artículos 13 y 23; el principio de responsabilidad penal individual y presunción de inocencia (arts. 8.1, 8.2 y 9); el derecho de defensa de algunos *lonkos*, específicamente su derecho a interrogar los testigos presentes en el tribunal bajo el artículo (art. 8.2.f); el derecho a recurrir del fallo consagrado (art. 8.2 h); el derecho a un juez imparcial (art. 8.1), y que las violaciones de los derechos humanos consagrados en los artículos 8, 9, 24, 13 y 23 tuvieron un impacto consecencial sobre la integridad sociocultural del pueblo mapuche como un todo¹.

Habiendo escuchado a todas las partes, recibidas las pruebas y alegaciones, el 29 de mayo de 2014, la Corte Interamericana dicta sentencia en el caso *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile*.

Se trata de un texto largo (175 páginas), que describe con detalle todo el itinerario procedimental que realizó la Corte para culminar en la sentencia, y se hace cargo, uno por uno, de cada uno de los capítulos denunciados por la Comisión. En definitiva, casi cuatro años después, la Corte Interamericana condena al Estado de Chile en los siguientes términos²:

a) Por unanimidad, que: 1. El Estado violó el principio de legalidad y el derecho a la presunción de inocencia, consagrados en los artículos 9 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de los señores Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, Juan Patricio Marileo Saravia, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán

¹ Véase CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), p. 5.

² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), pp. 151-152.

y la señora Patricia Roxana Troncoso Robles, en los términos de los párrafos 159 a 177 de la presente sentencia;

b) Por unanimidad, que: 2. El Estado violó el principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, consagrados en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los señores Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Víctor Ancalaf Llaupe, Juan Patricio Marileo Saravia, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán y la señora Patricia Roxana Troncoso Robles, en los términos de los párrafos 222 a 228 y 230 de la presente Sentencia;

c) Por unanimidad, que: 3. El Estado violó el derecho de la defensa de interrogar testigos, consagrado en el artículo 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Pascual Huentequero Pichún Paillalao y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, en los términos de los párrafos 241 a 260 de la presente sentencia;

d) Por unanimidad, que: 4. El Estado violó el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, consagrado en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Juan Patricio Marileo Saravia, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán y la señora Patricia Roxana Troncoso Robles, en los términos de los párrafos 268 a 291 de la presente sentencia;

e) Por unanimidad, que: 5. El Estado violó el derecho a la libertad personal, consagrado en el artículo 7.1, 7.3 y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 8.2 de dicho tratado, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, Juan Patricio Marileo Saravia, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán y la señora Patricia Troncoso Robles, en los términos de los párrafos 307 a 358 de la presente sentencia;

f) Por unanimidad, que: 6. El Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, consagrado en el artículo 13.1 de la Conven-

ción Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, en los términos de los párrafos 370 a 378 de la presente sentencia;

g) Por unanimidad, que: 7. El Estado violó los derechos políticos, consagrados en el artículo 23.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, Juan Patricio Marileo Saravia, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán y la señora Patricia Roxana Troncoso Robles, en los términos de los párrafos 379 a 386 de la presente sentencia;

h) Por unanimidad, que: 8. El Estado violó el derecho a la protección a la familia, consagrado en el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, en los términos de los párrafos 401 a 410 de la presente sentencia.

i) En lo que toca a la función jurisdiccional, se ordena al Estado chileno que adopte una medida de restitución que consiste en dejar sin efecto las condenas penales impuestas a las víctimas. Como señala la Corte:

“[...] dadas las características del presente caso, y tal como lo ha hecho esta Corte en ocasiones anteriores, dispone que el Estado debe adoptar, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, todas las medidas judiciales, administrativas o de cualquier otra índole necesarias para dejar sin efecto en todos sus extremos las sentencias penales condenatorias emitidas en contra de los señores Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, Florencio Jaime Marileo Saravia, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán, José Benicio Huenchunao Mariñán y la señora Patricia Roxana Troncoso Robles sobre las cuales la Corte se pronunció en esta Sentencia. Ello comprende: i) dejar sin efecto la declaración de las ocho víctimas de este caso como autores de delitos de carácter terrorista; ii) dejar sin efecto las penas privativas de libertad y penas accesorias, consecuencias y registros, a la mayor brevedad posible, así como las condenas civiles que se hayan impuesto a las víctimas; y iii) disponer la libertad personal de las víctimas que aún se encuentren sujetas a libertad condicional. Asimismo, el Estado deberá, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, suprimir los antecedentes judiciales, administrativos, penales o policiales que existan en contra de las ocho víctimas en relación con las referidas sentencias, así como la anulación

*de su inscripción en cualquier tipo de registro nacional e internacional que los vincule con actos de carácter terrorista*³.

Para dar cumplimiento a la sentencia, en febrero de 2019 (casi cinco años después), el Ministerio de Relaciones Exteriores envía Oficio N° 0011689 por la cual se solicita a la Corte Suprema “*colaboración en el cumplimiento de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 29 de mayo de 2014 en la que se dispuso, entre otras medidas, i) dejar sin efecto la declaración de las ocho víctimas de este caso (señores Víctor Ancalaf Llaupé, Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentenequeo Pichún Paillalao, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Florencio Jaime Marileo Saravia y Juan Patricio Marileo Saravia y señora Patricia Roxana Troncoso Robles) como autores de delitos de carácter terrorista; ii) dejar sin efecto las penas privativas de libertad y penas accesorias, consecuencias y registros, a la mayor brevedad posible, así como las condenas civiles que se hayan impuesto a las víctimas; y iii) disponer la libertad personal de las víctimas que aún se encuentren sujetas a libertad condicional*”⁴.

Con el fin de llevar a efecto lo ordenado por la CIDH, el Tribunal Pleno de la Corte Suprema citó a todas las partes a audiencia el 26 de abril de 2019, ocasión en la que el Máximo Tribunal decidió “*las referidas decisiones condenatorias no pueden permanecer vigentes, atendido que su subsistencia supone la de las conductas lesivas de las garantías fundamentales reseñadas y que han sido verificadas por el tribunal internacional competente, por lo que esta Corte Suprema declarará que los fallos condenatorios citados han perdido los efectos que les son propios*”⁵.

Es por esta razón que la Corte Suprema reconoce “*que, sin perjuicio de las acciones desplegadas por el Estado de Chile para satisfacer las declaraciones de la Corte Interamericana, dicho tribunal internacional ha expresado que se encuentra pendiente dejar sin efecto, en todos sus extremos, las sentencias penales condenatorias emitidas, debiendo el Estado adoptar, a la brevedad posible, todas las medidas judiciales, administrativas o de cualquiera otra índole para cumplir con los aspectos que se han señalado como pendientes*”⁶.

³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), p. 139.

⁴ Sentencia Corte Suprema (en adelante SCS), AD-1386-2014, vistos 1°, 16 de mayo de 2019.

⁵ DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA (2019).

⁶ SCS, AD-1386-2014, vistos 6°, 16 de mayo de 2019.

En efecto, para cumplir lo dictaminado por la CIDH es necesario justificar una suerte de razón de competencia para dictar una sentencia que invalide los efectos de las sentencias a los comuneros y explicar cuál ha de ser el órgano que lo realice:

“[R]equerido este tribunal por el Poder Ejecutivo, ha concluido que las decisiones que dicho requerimiento involucra han de ser adoptadas por el Poder Judicial, tanto porque conforme a lo que establece el artículo 76 de la Constitución Política de la República únicamente los tribunales de justicia podrán, en el ámbito de su función jurisdiccional ‘hacer ejecutar lo juzgado’ ejerciendo los ‘medios de acción conducentes de que dispusieren’, como porque no podrían excusarse de ejercer su autoridad ‘aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión’”⁷.

Y refuerza esa idea que debe ser el Órgano Jurisdiccional y, en particular la Corte Suprema, quién ha de realizar tal acción:

“[R]esulta evidente que, al ser el dictamen de la Corte Interamericana una sentencia de carácter jurisdiccional dictada por un tribunal al cual el Estado de Chile ha reconocido soberanamente la competencia prevista en los artículos 63 y 68 de la Convención, la ejecución de lo juzgado por ella en lo pertinente a la actividad del Estado Juez es resorte únicamente de los tribunales de justicia”⁸.

Finalmente y tras insistir en la facultad que tiene la Corte Suprema para lograr el cumplimiento de lo resuelto por la CIDH, señala lo siguiente:

“[E]sta Corte considera que el único remedio posible de disponer en el caso que se revisa es declarar que las sentencias condenatorias abordadas por el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han perdido todo efecto [...] decisión que no importa la invalidación de los referidos fallos, atento a los efectos procesales que en el orden nacional se asigna a la nulidad de las resoluciones judiciales, manteniendo la validez de tales sentencias en cuanto a la cosa juzgada, como es la imposibilidad de rever el conflicto que dio origen a los procesos que se revisan [...] se declara que las sentencias, han perdido la totalidad de los efectos que les son propios”⁹.

⁷ SCS, AD-1386-2014, vistos 11°.

⁸ Ídem.

⁹ SCS, AD-1386-2014, vistos 15°.

II. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN

En este segundo apartado propongo algunos comentarios en torno al contenido de la sentencia, y parto con una advertencia: no es mi especialidad el derecho procesal. Mi campo de estudio es el derecho constitucional y la teoría política, por lo que las categorías procesales, aunque no me son ajenas, tal vez no cuento con las debidas herramientas terminológicas para acometer un análisis más fino, sin embargo, y especialmente a partir de situaciones análogas foráneas, puede ser de utilidad que, al menos, insista en escrutar el valor de esta declaración en relación a una institución básica como lo es la cosa juzgada.

En mis tiempos de estudiante de Derecho, al estudiar el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC), después de analizar las resoluciones judiciales allí enumeradas, correspondía criticar el artículo. La crítica más recurrida es que se trataba de una clasificación insuficiente, toda vez que dejaba fuera algunas resoluciones que no encajaban en las definiciones propuestas en el 158. El ejemplo recurrente era la resolución “despáchese”. ¿Qué tipo de resolución era en el evento que no se opusieran excepciones en el juicio ejecutivo? Difícil comprenderla dentro de las resoluciones del artículo 158. Esta incompatibilidad llevó, incluso, a que se sostuviera que esa resolución devenía en sentencia definitiva¹⁰.

En efecto, e intentando encuadrar esta resolución dentro del artículo 158 del CPC, resulta difícil encontrar un acomodo. Sus efectos son elocuentes, se invalidan los efectos de una sentencia definitiva firme, ¿pero será acaso una sentencia definitiva? Por cierto que no. Con todo, lo relevante de este punto no está en el intento por determinar el tipo de resolución judicial que se trate, sino en dar cuenta de un fenómeno: el carácter abierto y creativo de la ciencia jurídica. Tal vez atrapados por una matriz kelseniana, que entiende la disciplina en términos cerrados y autosuficientes no se logra discernir lo que supone romper paradigmas clásicos y se fuerza la argumentación para defender algo que, a todas luces, ya se muestra estrecho.

Por qué refiero a KELSEN. Conviene recordar que, para el autor austriaco, la producción y cambio de las normas jurídicas es un problema jurídico, es decir, un tema relativo a procedimientos formales de producción de normas.

¹⁰ WIEGAND (1955), pp. 15-16.

Si esto es así, el lenguaje del derecho sería autosuficiente para el diseño y explicación de los desafíos presentados por la política¹¹. No obstante, como apunta SCHMITT, la propuesta de la teoría pura del derecho deja fuera y no asume una categoría básica, a saber, la soberanía. Al intentar quedarse con un lenguaje aparentemente “puro”, la solución del problema entre norma y realidad en un contexto de disputa política termina resolviéndose con la supresión del concepto de soberanía, lo que aventura que el derecho deviene en mera forma, incapaz de abrirse de las dinámicas políticas. Y bien sabemos que eso no es así¹², porque si bien el derecho es una gramática compleja, con un lenguaje técnico específico y no pocas veces árido, no obstante, está siempre abierto a lo que ocurre en la convivencia política. Es la tensión tan bien descrita por HABERMAS entre facticidad y validez.

Y lo anterior nos lleva a la cosa juzgada. Dice la Corte Suprema que su decisión “*no importa la invalidación de los referidos fallos, atento a los efectos procesales que en el orden nacional se asigna a la nulidad de las resoluciones judiciales, manteniendo la validez de tales sentencias en cuanto a la cosa juzgada, como es la imposibilidad de rever el conflicto que dio origen a los procesos que se revisan*”¹³. ¿No afecta la cosa juzgada? Antes de entrar a este punto traeré a colación un caso análogo que sucedió en España con relación a un principio básico del derecho constitucional contemporáneo: la supremacía constitucional.

En Europa existe una relación entre el derecho constitucional de la Unión Europea (UE en adelante) y el nacional, por lo que es posible distinguir diferentes visiones para la relación entre ambos, lo que se advierte, especialmente en las relaciones del derecho con la economía.

Algunos que sostienen la necesidad de compatibilizar el orden económico español con el de la UE, sin embargo, señalan, parece que no existe contradicción entre ambos modelos, puesto que se presenta una compatibilidad entre economía de mercado y facultades de planificación e intervención por parte del Estado¹⁴.

¹¹ Kelsen (1982), p. 15.

¹² Schmitt (2009), p. 24.

¹³ SCS, AD-1386-2014, vistos 15º, 16 de mayo de 2019.

¹⁴ Cfr. Bassols Coma (1988), p. 331. En la misma dirección, pero desde la perspectiva de la necesidad de una reforma de la Constitución, Aragón Reyes (1994), pp. 9-26; Rubio Llorente (2005), pp. 5-22.

Otros señalan que, a partir del Tratado de Maastricht, lo que se ha producido es una mutación constitucional sin seguir previamente el procedimiento de reforma. Señala MUÑOZ MACHADO que “la integración europea está produciendo una traslación del poder constituyente hacia instancias supranacionales”¹⁵, no obstante, el artículo 93 de la Constitución Política española (CE en adelante) otorga cobertura suficiente para la ratificación de los Tratados de la Unión, sin necesidad de reforma.

Aunque esta conclusión sea razonable, explica el problema de modo insatisfactorio, ya que es básico que los titulares de la soberanía la ejerzan aceptando las consecuencias de los Tratados, lo que precisa un debate amplio y generalizado. La soberanía se ejerce con la aceptación consciente de la mutación constitucional que la ratificación de los Tratados provoca. Las operaciones como las de la UE no son cosa frecuente, siendo cuestiones decisivas que no conviene amparar en los amplios términos de una cláusula general polivalente como el artículo 93¹⁶.

Y como se trata de un problema complejo, llega este asunto al TC español que ha aportado dos declaraciones que sería oportuno revisar: una de 1992 y otra de 2004.

En 1992, el Tribunal Constitucional español (TC en adelante) afirmaba expresamente la supremacía de la Constitución sobre los Tratados. Dice el TC que “si la duda de constitucionalidad se llega a confirmar, el Tratado no podrá ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional. De este modo, la Constitución ve garantizada, a través del procedimiento previsto en su Título X, su primacía”¹⁷. Por ello, el TC declara que una norma del Tratado es contraria a la Constitución, pero limitándose el examen específico al derecho de sufragio pasivo, perdiéndose entonces la oportunidad de haber realizado un análisis completo del Tratado, es decir, se manifiesta la primacía de la Constitución, pero con una autocontención extraordinaria¹⁸.

¹⁵ MUÑOZ MACHADO (1993), p. 59.

¹⁶ MUÑOZ MACHADO (1993), pp. 62-63.

¹⁷ Declaración del Tribunal Constitucional español (en adelante DTC) 1/1992, de 1 de julio de 1992, FJ 1. En esta Declaración, el TC da respuesta al requerimiento acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre el artículo 13.2 de la CE y el artículo 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica.

¹⁸ CANCIO MELIÁ (2002), p. 83.

Doce años después, un dictamen del Consejo de Estado provoca, a través del gobierno, un reenvío al TC sobre la compatibilidad constitucional de algunas cuestiones relativas al Tratado sobre una Constitución para Europa, dando lugar a una nueva Declaración del TC en 2004.

A propósito del artículo I-6 del Tratado, que señala “*la Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros*”, el TC se esfuerza en hacer compatible esta declaración, tan radical por lo demás, con la doctrina de la supremacía constitucional. Por de pronto señala que “*la primacía que se proclama en el Tratado [...] opera respecto de un Ordenamiento que se construye sobre los valores comunes de las Constituciones de los Estados integrados en la Unión y de sus tradiciones constitucionales*”¹⁹, reiterando, además, la supremacía de la Constitución: “*[L]a Constitución es la norma suprema del Ordenamiento español (y goza de) supremacía frente a cualquier otra norma, y en concreto frente a los tratados internacionales [...] la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. I-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución*”²⁰.

A continuación, intenta explicar lo que constituyen primacía y supremacía: “[P]rimacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía [...] se sustenta en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía, salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación”²¹, argumentos que

¹⁹ DTC 1/2004, 13 de diciembre de 2004, FJ 3.

²⁰ DTC 1/2004, 13 de diciembre de 2004., FJ 4.

²¹ DTC 1/2004, 13 de diciembre de 2004, FJ 4. Continúa la sentencia señalando: “*La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión*

llevan a la conclusión de que no se aprecia contradicción entre las normas del Tratado y la Constitución.

Esta distinción entre primacía y supremacía, al menos discutible en su terminología, pareciera que se presenta, más bien, como un ejercicio gramatical para dar cuenta de la facticidad constitucional. Por un lado, no se renuncia a la supremacía de la Constitución, pero por otro, el derecho de la UE podrá tener una aplicación preferente.

Si bien el Tratado de una Constitución para Europa fracasó en su intento de constituirse en derecho aplicable, al decir de algunos, las modificaciones del Tratado de Lisboa no alteran sustancialmente los fundamentos que ya se venían introduciendo en el fracasado Tratado, las que se relacionan, sobre todo, con el silencio frente al debate sobre el “modelo social europeo”²². En todo caso, la complejidad del tema está llevando a una necesaria actualización del derecho constitucional español desde la perspectiva de asumir la importancia y el carácter vinculante del derecho de la UE, aun a costa de la propia Constitución²³.

Y vuelvo a la pregunta con la que inicié esta reflexión: la declaración de la Corte Suprema, ¿afecta a la cosa juzgada? La resolución es categórica para declarar que en nada afecta a la cosa juzgada, sin embargo, resulta pertinente la prevención del ministro Brito en relación a los efectos de la sentencia de la CIDH y apuntando a una hipótesis que podría haberse dado en la práctica:

“[L]as penas privativas de libertad fueron cumplidas íntegramente. Si por el contrario, a los efectos de razonar, ello no fuese así y estuviese pendiente parte de las penas de encierro cabe preguntarse si podría ponerse a los sentenciados en prisión para ejecutar el saldo del castigo no obstante el fallo condenatorio de la CIDH que declara la transgresión de derechos humanos a propósito de las sentencias dictadas en los juicios de instancia, sólo a resultas de entender que las sentencias nacionales en modo alguno pueden ser afectadas por las decisiones del tribunal convencional. Ciertamente tal comprensión no es aceptable, porque implicaría actuar de manera

contenida en su art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos”. (FJ 4). Según el TC, esta distinción ya la había realizado en otras oportunidades: cfr. FJ 4.

²² Cfr. MAESTRO BUELGA (2008), pp. 39-42.

²³ Frente a la tensión entre derecho nacional y comunitario, cfr. CASCAJO CASTRO (2005), pp. 69-75; RUBIO LLORENTE (2005), pp. 20-22.

*positiva contrariando la condena impuesta al Estado de Chile, lo que observado aisladamente también podría constituir la misma grave infracción a los derechos fundamentales por tratarse de un caso de prisión carente de justificación, puesto que la citada sentencia de la CIDH es una decisión sobreviniente que torna incumplible las sentencias locales*²⁴.

El ministro apunta al centro de la argumentación en torno al valor de la cosa juzgada. ¿Qué hubiese ocurrido si los condenados se encontraban privados de libertad? Acaso, para dar cumplimiento a la sentencia de la CIDH, ¿no deberían haber sido puestos en libertad dado que los efectos de la sentencia se pierden? Evidente, la respuesta pertinente es que deberían ser puestos en libertad.

Por lo tanto, y cerrando este punto, si bien la Corte Suprema en la forma defiende la cosa juzgada, al ordenar invalidar los efectos de las sentencias también la supera. Intenta ensayar una fórmula ecléctica para no ceder soberanía y es muy similar a lo que hicieron los españoles con el tema de la supremacía constitucional, a saber, un ejercicio gramatical para dar cuenta de un problema, pero la facticidad política termina superando lo que se intenta explicar con letras. Porque en el fondo, la declaración de la Corte Suprema no logra superar el paradigma excesivamente formalista de Kelsen.

Finalmente, llama la atención que en el año 2019 aún se intente acudir a las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución para interpretar la Constitución. Dice la sentencia:

“[E]ste tribunal ha tenido en consideración que el estudio de las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la actual Constitución permite advertir que reconoce, desde su Declaración de Principios, que los derechos esenciales del ser humano están fundados en los atributos que le son consustanciales, desvinculándolos del reconocimiento que les brinde un determinado Estado al ser anteriores y superiores a todo ordenamiento jurídico. Esta conclusión permitió establecer la norma de derecho público contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, la cual en su inciso 2°, prescribe que el ejercicio de la soberanía interna del Estado se encuentra limitada por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, constituyéndose en un deber de los órganos del Estado respetarlos y promoverlos. De esta manera, nuestro ordenamiento jurídico reconoce que los derechos humanos

²⁴ SCS, AD-1386-2014, vistos 1°, 16 de mayo de 2019, prevención 2° del ministro Brito.

*están por sobre todo poder del Estado, constituyendo una categoría especial de derechos subjetivos*²⁵.

Dos comentarios finales sobre esta opinión de la Corte.

En primer lugar, los derechos fundamentales no se entienden hoy como una categoría especial de derechos subjetivos. Son decisiones políticas que se fundan en la dignidad de las personas y suponen un límite a la actuación del Estado. Limitar los derechos fundamentales a derechos subjetivos, aunque especiales, sigue la lógica privatista para entender e interpretar la Constitución. Una decisión de nuestro más alto Tribunal y de tan alta importancia debería ser más cuidadosa con los términos utilizados, actualizando el lenguaje con la literatura nacional que lleva más de quince años insistiendo en ese punto y que no es precisamente la de sostener que los derechos fundamentales son como derechos subjetivos.

En segundo lugar, la sentencia es de 2019 y, como señalé, aún sigue acudiendo a las actas para interpretar la Constitución. En la actualidad, resulta problemático acudir a esos documentos para dotar de autoridad hermenéutica a una norma constitucional, ya que la resolución, al acudir a las opiniones vertidas en el seno de la Comisión de Estudios, reviste a la Comisión de una autoridad que no posee. Esa Comisión fue designada de manera autoritaria, carece de representatividad y, además, trabaja en un momento en que el poder constituyente ha sido sustraído al pueblo de Chile, puesto que ha sido autoatribuido por la Junta de Gobierno. Por lo tanto, hoy por hoy, el originalismo hermenéutico casi no se utiliza para intentar comprender el significado de la Constitución. Sin embargo, reconozco que se puede acudir a las Actas para comprender por qué las normas tienen tal o cual contenido. Así podemos conocer la *ratio* original de la normativa, realizar ejercicios de genealogía, pero no es tiempo para justificar una interpretación constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN REYES, Manuel (1994): “La Constitución española y el Tratado de la Unión Europea: la reforma de la Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 42.

²⁵ SCS, AD-1386-2014, vistos 6°.

- BASSOLS COMA, Martín (1988): *Constitución y sistema económico* (Tecnos, Madrid).
- CANCIO MELIÁ, Jorge (2002): “La Constitución económica: promesas incumplibles”, en *Revista jurídica* N° 7.
- CASCAJO CASTRO, José Luis (2005): “Integración europea y constituciones nacionales”, en *Revista d’Estudis Autònomic i Federals* N° 1.
- DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA (2019): “Corte Suprema declara que las sentencias condenatorias dictadas en caso ‘Norín Catrimán y otros vs. Chile’ han perdido todos los efectos que les son propios”, 22 de mayo de 2019. Disponible en <<http://decs.pjud.cl/corte-suprema-declara-que-las-sentencias-condenatorias-dictadas-en-caso-norin-catriman-y-otros-vs-chile-han-perdido-todos-los-efectos-que-les-son-propios/>
- KELSEN, Hans (1982): *Teoría pura del derecho*, 2ª edición (México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México).
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo (2008): “El Tratado de Lisboa y la Constitución económica”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo* N° 9.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (1993): *La Unión Europea y las mutaciones del Estado* (Madrid, Alianza Editorial).
- RUBIO LLORENTE, Francisco (2005): “La constitucionalización del proceso de integración en Europa”, en *Revista de Occidente* N° 284.
- SCHMITT, Carl (2009): *Teología política* (Madrid, Editorial Trotta).
- WIEGAND, Enrique (1955): “El concepto del procedimiento ejecutivo en nuestra legislación”, en *Anales de la Universidad Católica de Valparaíso* N° 2.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile*, sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas).
- Declaración del Tribunal Constitucional español 1/1992, 1 de julio de 1992.
- Declaración del Tribunal Constitucional español 1/2004, 13 de diciembre de 2004.
- Sentencia Corte Suprema, AD-1386-2014, 16 de mayo de 2019.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA SOBRE MATERNIDAD GESTACIONAL SUBROGADA EN CHILE

ANALYSIS OF THE FIRST SENTENCE IN A SURROGACY
GESTATIONAL MATERNITY IN CHILE

PILAR MATURANA CABEZAS*

RESUMEN: El 8 de enero de 2018, un tribunal de familia en Chile por primera vez dictó una sentencia en un caso de maternidad gestacional subrogada. Este trabajo analizará y evaluará los argumentos contenidos en la sentencia que dieron lugar a la acción de impugnación y reclamación de filiación materna y que declaró que las dos niñas son hijas de la demandante.

ABSTRACT: On January 8, 2018, a Family Court in Chile issued a Judgment in a surrogate gestational maternity case. This paper will analyze and evaluate the arguments contained in the sentence that gave rise to the challenge and claim of material affiliation which declared the two girls as the applicant's daughters.

PALABRAS CLAVE: Argumentos, sentencia, maternidad gestacional subrogada, derechos humanos.

KEYWORDS: Arguments, judgment, surrogate gestational motherhood, human rights.

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte. Jueza del Tribunal de Familia de Colina. Máster en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante. Experta Universitaria en Pueblos Indígenas, Derechos Humanos y Cooperación Internacional de la Universidad Carlos III de Madrid. Diploma en Recurso de Protección: Dogmática y Jurisprudencia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Diploma en Argumentación Jurídica y Razonamiento Probatorio, Instituto de Estudios Judiciales. Pasante en el programa Internacional Visitor Leadership “Rule of Law and the U.S. Systems” y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (septiembre-diciembre 2019). Integrante de la Comisión de Derechos Humanos y Género de la Asociación Nacional de Magistrados. Directora de la Asociación de Magistradas Chilenas y de la Red Interamericana de Mujeres Profesionales por los Derechos Humanos (RIaDh). Correo electrónico: pilarcabezas@gmail.com.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizaré y evaluaré los argumentos contenidos en la sentencia que se pronunció por primera vez en nuestro país sobre un caso de maternidad gestacional subrogada, por lo que la investigación busca responder la siguiente pregunta: ¿cuáles fueron las razones para acoger las demandas de impugnación y reclamación de maternidad?

Lo anterior resulta relevante por cuanto, tal como sostiene Manuel ATIENZA, “la obligación de los jueces de motivar sus decisiones significa que debe ofrecer buenas razones en la forma adecuada para lograr la persuasión”¹, esta exigencia de motivar –que “supone expresar de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión”²–, se constituye como el límite más importante de las decisiones jurisdiccionales³ y “canal de legitimación de la decisión”⁴. El deber del decir el porqué exige jueces capaces de argumentar “con solvencia para hacer valer los derechos fundamentales”⁵. Por otro lado, y siguiendo en este punto a Isabel LIFANTE, “no tiene sentido argumentar, dar razones a favor de algo, si no presuponemos, que hay buenas y malas razones o razones mejores que otras. La actividad argumentativa presupone en ese sentido aceptar la racionalidad en aquél ámbito en el que nos encontramos”⁶.

Para realizar lo propuesto me centraré únicamente en los argumentos jurídicos, partiendo en cuanto a los hechos tal como fueron establecidos en la sentencia: una mujer y su pareja enfrentaron la pérdida de un hijo que esperaban a las 23 semanas de gestación; posteriormente, en un segundo embarazo, sufrieron una pérdida en la semana 32, y además a la mujer se le practicó una histerectomía a los 27 años de edad. Ambos deseaban ser padres, y se sometieron a una técnica de fertilización asistida que se realizó mediante la fertilización *in vitro* de gametos pertenecientes a la pareja que luego fueron implantados en la mujer que los gestó, madre de la demandan-

¹ ATIENZA (2014), p. 549.

² Artículo 19 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial.

³ ORDÓÑEZ (2004), p. 97.

⁴ Asís (1995), p. 98.

⁵ ATIENZA (2017), p. 116.

⁶ LIFANTE (2018), p. 213.

te, sin pago de por medio; producto del procedimiento, la gestante parió mellizas, legalmente hijas de esta y del padre biológico. La madre biológica se sometió a un proceso de inducción de lactancia materna y amamantó a las niñas que desde su nacimiento han vivido con los padres biológicos, y socialmente son conocidas como hijas de ambos⁷.

Para el planteamiento del trabajo utilizaré el método propuesto por Manuel ATIENZA, para luego detenerme en ellos a la luz de las tres cuestiones (Qb-Qj- Qo) que plantea la sentencia para responder a la pregunta: ¿es la demandante madre de las niñas? (Pa), y arribar a la solución final en cuanto declara que las niñas son hijas de la demandante (Sa).

II. REPRESENTACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA

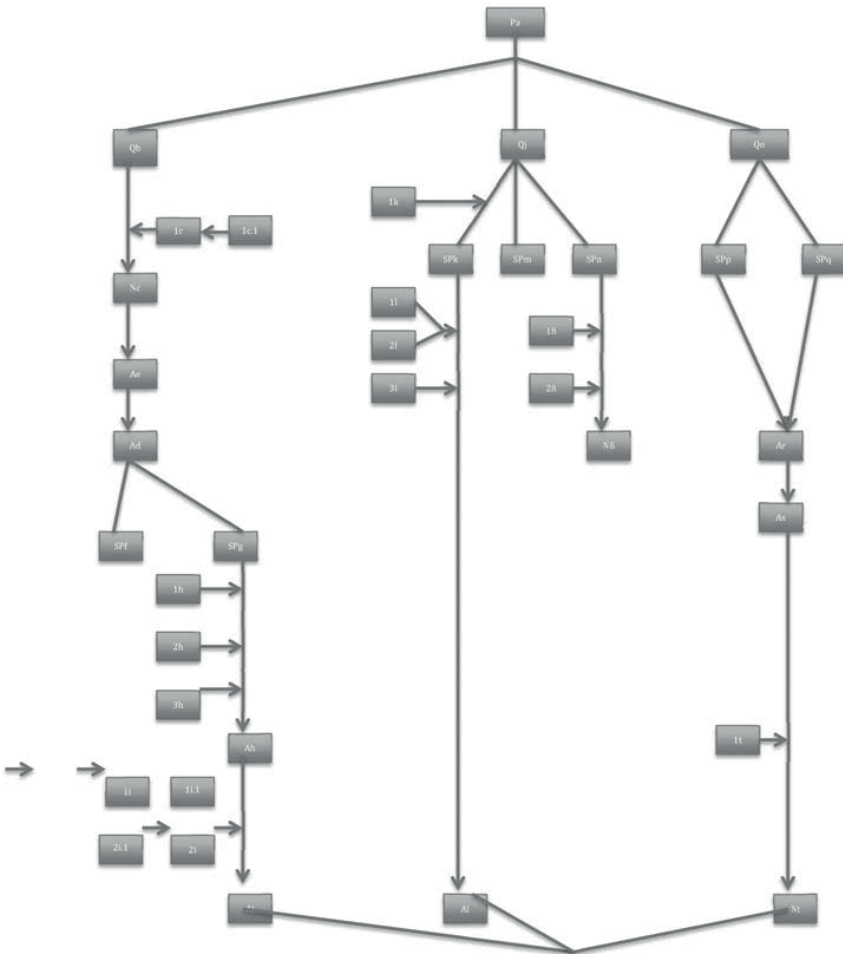
Utilizaré para representar los argumentos de la sentencia el método propuesto por Manuel ATIENZA⁸ de un diagrama de flechas, siguiendo un esquema que da cuenta de lo esencial de la argumentación y que contiene el planteamiento del caso, las cuestiones de las cuales depende la solución, las respuestas a las mismas, sus razones y la decisión; método que, tal como reconoce el autor, no da cuenta “de todos los elementos que cabe encontrar (y analizar) en una argumentación, pero sí de muchos de ellos”, es decir, da cuenta de lo esencial de la argumentación. Por lo anterior, el análisis de la motivación contenida en la sentencia se realizará de manera más pormenorizada en el siguiente apartado.

El esquema se abre con el planteamiento de un problema (P); las cuestiones para resolver el mismo (Q); la respuesta (S); una aseveración (A); una negación (N) y una suposición (SP). La combinación de una letra minúscula y una o más mayúsculas representan distintos pasos del proceso argumentativo; por su parte, cada combinación de un número y una letra

⁷ Considerando quinto.

⁸ El autor plantea este método reconociendo que no da cuenta “de todos los elementos que cabe encontrar (y analizar) en una argumentación, pero sí de muchos de ellos”, dando cuenta la estructura de la argumentación como las razones que se esgrimen y los elementos pragmáticos de la misma, reflejando “tanto el aspecto inferencial, el paso de unos argumentos a otros, como los tipos de enunciados (la naturaleza de las premisas y su contenido proposicional) y los diversos actos de lenguaje que se llevan a cabo en cada uno de los pasos”, partiendo de la idea de la argumentación como un flujo de información “que va desde del planteamiento del problema que suscita la necesidad de argumentar hasta su solución”. ATIENZA (2014), pp. 424-429.

representa un argumento concreto que sustenta la realización de un paso argumentativo. Por su parte, los vectores representan la relación de ser un argumento a favor de; cuando es deductiva: con una doble línea y con un arco cuando lo que funciona como argumento es el conjunto de dos o más ramas que convergen.



Qb: ¿Está contemplada esta técnica de reproducción asistida en el artículo 182 del Código Civil?

Nc: Solo pretende regular la situación filiativa de los niños nacidos fruto de donación de gametos no pertenecientes a los padres o a la pareja que se somete al sistema, en que los donantes no pueden reclamar la paternidad.

1c: Durante la discusión de la ley en sala quedó establecido que no era ese el propósito perseguido por la norma.

1c.1: El profesor Hernán CORREA TALCIANI afirma que no es aplicable.

Ad: Vacío legal.

Ae: Es importante para resolver la acción dar un mayor resguardo y efectividad a los derechos fundamentales inherentes al ser humano.

SPf: Derecho a procrear.

SPg: El derecho a la identidad.

Ah: El derecho a preservar la identidad de las niñas debe ser respetado y garantizado, y tenido en cuenta al evaluar su interés superior.

1h: Es un derecho fundamental de todo ser humano que tiene un amplio contenido y es un principio fundamental del derecho de familia, recogido en la Ley N° 19.585.

2h: Lo establece expresamente la Observación General N° 14 del Comité de Derecho de Niño.

3h: Está acreditado que las niñas genética, afectiva y socialmente son hijas de la demandante, lo que conforma el derecho a la identidad de aquellas.

Ai: Resulta vulneratorio del derecho a la identidad y el interés superior del niño que no se vea reflejado el elemento dinámico de la identidad de las niñas dado por el ejercicio de la maternidad afectiva y social de la demandante, y que la ley impida que la filiación legal sea reflejo de la verdadera situación familiar de las niñas y sus padres.

1i: El interés superior de las niñas determina a partir de una evaluación de las circunstancias que rodean el caso.

1i.1: Así lo ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*.

2i: Garantía de la vigencia de los demás derechos.

2i.1: Lo sostiene así el autor Miguel Cirello.

Qj: ¿A quién se debe considerar madre en un contrato de maternidad gestacional subrogada?

SPk: Es madre quien ha gestado y parido al hijo.

1k: La ley establece causales taxativas dentro de las cuales no se encuentra aquella que permita alegar que el óvulo pertenece a otra mujer o bien que la voluntad procreacional reside en una mujer distinta a la madre gestante.

Al: El interés superior no puede sacrificarse en virtud de la certeza y seguridad que brinda la regla del parto.

1l: La presunción es simplemente legal que en principio admitiría prueba en contrario.

2l: La regla del parto tiene sentido cuando se condice con la realidad, lo que no ocurre en la maternidad disociada.

3l: Resulta ilógico atribuir la maternidad a una mujer que jamás tuvo el deseo de engendrar un hijo para sí, ni asumir las responsabilidades que de ello derivan.

SPm: La mujer que tiene la intención de engendrar al hijo (criterio volitivo).

SPn: La mujer que aporta sus óvulos (criterio genético).

Nñ: No es aplicable este criterio.

1ñ: La historia del artículo 182 del Código Civil.

2ñ: No procede una interpretación evolutiva.

Qo: ¿Es nulo en este caso el pacto de maternidad gestacional subrogada?

SPp: Por objeto ilícito.

SPq: Por causa ilícita.

Ar: Maricruz Gómez de la Torre señala que el contrato es nulo o inexistente al tener por objeto el cuerpo humano, además de ser su causa ilícita al atentar contra la moral y las buenas costumbres.

As: Hay nulidad por el objeto y causa ilícita en los casos de pactos onerosos.

1t: No se estaría transformando el cuerpo de la mujer y a la criatura que gestan en objetos de comercio.

Nt: No.

Sa: Se declara que las niñas son hijas de la demandante.

III. ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS

En este apartado analizaré los argumentos que justifican la decisión de acoger la demanda de reclamación e impugnación de maternidad, partiendo de aquellas tres cuestiones (Qb, Qj y Qo) a través de las cuales representé los motivos de esta decisión judicial.

1. ¿Está contemplada esta técnica de reproducción humana asistida en el artículo 182 del Código Civil? (Qb)

En el considerando sexto de la sentencia el tribunal parte reconociendo que no se ha legislado de manera integral sobre las técnicas de fertilización humana asistida, siendo la única norma que se refiere al tema el artículo 182 del Código Civil⁹ (en adelante CC) y que es precisamente la norma

⁹ Artículo 182: “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ella. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”.

fundante de la demanda, descartando la aplicación de la misma, realizando para ello una operación interpretativa –“que consiste en atribuir o precisar el sentido de algo”¹⁰– fundada en la historia de la ley (1c), al que suma un argumento de doctrina (1c.1).

En cuanto al argumento historia de la ley, para Robert ALEXY se puede hablar de este “cuando se aducen hechos que se refieren a la historia del problema jurídico discutido, en cuanto a razones a favor o en contra de una interpretación”¹¹. En este caso la sentencia contiene la afirmación “*si recurrimos a la historia de la ley, durante la discusión en sala quedó establecido que no era ése el propósito perseguido por la norma, porque existía otra iniciativa legal en trámite, donde cuya regulación implicaría un pronunciamiento integral respecto de las diversas Técnicas de Reproducción Humana Asistida, lo que fue reiterado en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*”¹².

Se refuerza lo anterior con un argumento doctrinal contenido en el artículo “Reproducción humana asistida y filiación. Un análisis del nuevo artículo 182 del Código Civil” de Hernán CORREA¹³, en el cual el autor sostuvo que, tal como quedó redactado el artículo 182, es “lo suficientemente ambiguo como para despertar aprensiones sobre su verdadero objetivo”, lo que llevo a los legisladores a explicitar durante la discusión del proyecto qué tipo de procedimientos eran los que quedaban al amparo de la norma; a su entender, “los legisladores parecen contestes en estimar que el artículo 182 del CC no es una norma legitimadora de las técnicas sino protectora de situaciones que de hecho se están dando o pueden darse en nuestra realidad social”. Para lo anterior supone que el pensamiento de los legisladores tuvo en vista solo cierto tipo de técnicas de reproducción asistida: la inseminación artificial o fecundación *in vitro* (FIV), no quedando incluidas “otras modalidades reproductivas como la inseminación de mujer sola, la inseminación o fecundación *in vitro post mortem*, la donación o transferencia de embriones, ni la maternidad por subrogación (por arriendo o comodato de vientres)”. Así las cosas, a su juicio, no resulta aplicable la norma a cualquier procedimiento reproductivo al margen de la cópula

¹⁰ LIFANTE (2015), p. 19.

¹¹ ALEXY (2012), p. 230.

¹² Considerando sexto.

¹³ CORRAL (2000), pp. 1-11.

natural, de lo que obtiene varios requisitos que deben cumplirse para que la norma sea aplicable: (i) que quienes intentan procrear sean un hombre y una mujer; (ii) pueden tratarse de prácticas homólogas o heterólogas, y es precisamente en este último de los casos es donde tiene lugar el artículo 182 del CC, y (iii) que el hombre y la mujer se hayan sometido voluntariamente a la técnica.

Argumento doctrinal que, siguiendo a Pierluigi CHIASSONI¹⁴, pertenece a un tipo de interpretación de autoridad constituido por las opiniones de autorizados jurisperitos. Para el autor la utilización de la directriz: “A una disposición se le debe atribuir el significado que haya sido atribuido previamente por la –unánime, mayoritaria o mejor– doctrina”, comporta esquemáticamente las siguientes operaciones: (i) la selección de los materiales o identificación de las bases enunciativas doctrinales; (ii) el análisis de los materiales seleccionados, con la finalidad de obtener las eventuales interpretaciones-producto de la pertinente disposición, y (iii) siempre que las operaciones de descripción hayan identificado una pluralidad de interpretaciones-productos alternativas para una misma disposición, la selección de la interpretación autoritativa que el intérprete considere correcta habida cuenta de todo en el contexto particular. Agrega que la primera y la tercera operación llevan a elecciones que si bien no del todo arbitrarias o casuales, “estarán informadas por criterios prudenciales y/o criterios ético-normativos, extraídos, por ejemplo, de alguna ideología jurídica”; en cuanto a la selección de los materiales, puede obedecer a criterios como de adecuación temporal y con una relevancia presunta, incorporando inevitablemente cierta preferencia que se presume de las interpretaciones-producto.

El tribunal acude, entonces, a la historia de la ley (artículo 19 del CC), apoyándose además en un argumento de doctrina para interpretar que el artículo 182 del Código Civil no es aplicable en este caso (Nc), para luego afirmar que estamos ante un vacío legal¹⁵ (Ad), por lo que acude al “*estudio*

¹⁴ CHIASSONI (2011), pp. 101-103.

Sobre la argumentación dogmática se puede también consultar ALEXY (2012), pp. 240-262.

¹⁵ Pierluigi Chiassoni sostiene que, desde finales del siglo XIX, las lagunas han constituido uno de los terrenos privilegiados en los que confluyen concepciones opuestas del derecho y de la ciencia jurídica, discutiéndose hasta inicios del siglo XX, desde una mirada como problema práctico-forense, para pasar las lagunas, a analizarse como la fuente de un problema diverso y bastante grave; lo anterior habría ocurrido por la irrupción de algunas corrientes de la doctrina

*del derecho internacional como parte del bloque constitucional de derechos fundamentales, realizando una interpretación integradora de la Constitución, con el fin de dar un mayor resguardo y efectividad a los derechos fundamentales inherentes al ser humano, y que afectan a los intervinientes y afectados por esta causa, especialmente el derecho a procrear y el derecho a la identidad*¹⁶ (Ae).

Sobre el derecho a procrear (SPf), la sentencia en su considerando séptimo menciona dos posiciones teóricas sobre la materia: (i) el derecho a procrear es una manifestación del derecho a formar una familia. Este último no está reconocido en nuestra Constitución, pero sí en varios instrumentos internacionales –Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁷, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸ y Pacto de San José de Costa Rica¹⁹– incorporados a nuestro derecho por la vía del artículo 5° la Constitución, y (ii) el derecho a procrear emanaría del derecho a la vida y que incluiría el derecho a dar vida. Seguidamente la sentencia sostiene que, “suponiendo la existencia del derecho a procrear en nuestro sistema jurídico, éste

jurídica continental, entre las que destacan el Movimiento del Derecho Libre y la Escuela Científica del Derecho en Francia.

El reconocimiento de problema de las lagunas en la cultura continental de inicios del siglo XX ha puesto de relieve las necesidades de afrontar un problema previo respecto de la definición de laguna y de la correspondiente elaboración de una cierta tipología de las lagunas, lo que permite preguntarse con sensatez si existen lagunas y de qué tipo son. Distingue, entonces, en cuanto a la tipología de lagunas, lagunas de conocimiento –que atienen a los hechos relevantes del proceso–; lagunas de reconocimiento (“constituyen problemas de interpretación textual de disposiciones y/o de concreción de normas abstractas previamente identificadas, superables, por tanto con el auxilio de las oportunas directivas interpretativas”), y lagunas normativas –entendiendo por esta última como “cualquier situación de falta de una norma”, concepto a su juicio bastante genérico y que puede ser especificado a partir de no menos de dos características: (i) la caracterización de la situación de laguna y (ii) la caracterización de la norma que falta–. CHIASSONI (2011), pp. 195-208.

¹⁶ Considerando sexto.

¹⁷ Artículo 16.1: “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

¹⁸ Artículo 23.2 “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”.

¹⁹ Artículo 17.2 “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”.

correspondería tanto a la mujer con capacidad de gestación como aquella que no tiene capacidad, asimismo correspondería al hombre que tiene capacidad para fecundar, como al que no la tiene, en virtud de los derechos de igualdad y libertad que consagra nuestra Carta Fundamental, así su ejercicio no se vería limitado por la formas de concepción natural, sino que también incluirían las técnicas de reproducción asistidas, y dentro de estas, la maternidad gestacional subrogada, habiendo, por tanto, la demandante, ejercido dicho derecho al recurrir junto a su pareja a dicha técnica, atendida la incapacidad biológica a ser madre, y su voluntad de serlo”²⁰.

No queda claro del análisis de la sentencia si el derecho a procrear²¹ fue una razón para llegar a la solución, al no exponer las razones que le permitían al tribunal afirmar el reconocimiento de tal derecho y su incorporación a nuestro derecho y de la relación de este con la acción llamada a resolver, por ello el derecho a procrear no está conectado en la representación de los argumentos con la solución del caso.

En el considerando octavo desarrolla el derecho a la identidad de las niñas M.J. y M.I. (SPg); en este caso, respecto de la argumentación que permite afirmar que el derecho a preservar la identidad de las niñas debe ser respetado y garantizado, y tenido en cuenta al evaluar el interés superior de estas (Ah)²², dicen relación con el reconocer que es (i) un derecho fundamental de todo ser humano; (ii) tiene un amplio contenido²³; (iii) un

²⁰ Considerando séptimo.

²¹ Sobre el derecho a procrear, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la Observación General N° 19 (“La Familia”) ha precisado que: “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados partes adopten políticas de planificación de la familia, estas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias”. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* sostuvo que: “[...] *La salud reproductiva implica [...] los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables*” (párr. 149), sin interpretar que entre los derechos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos esté consagrado el derecho a procrear.

²² Este último lo desarrolla en el considerando décimo, conectado con el derecho a la identidad, por ello es representado en conjunto con ese derecho.

²³ Sostiene el tribunal que: “*Se refiere tanto al derecho que tienen las personas de ser ellas mismas, únicas y distintas del resto, expresarse libremente y tener sus propias ideas*” y que en el derecho de familia “*se refiere principalmente al derecho de cada cual a conocer sus orígenes, a investigar*

principio fundamental del derecho de familia²⁴; (iv) parte esencial del derecho a la personalidad y de esta forma es recogido en diversos textos internacionales –artículos 7 y 8 de la Convención Internacional de Derechos del Niño²⁵, artículos 3 y 18 del Pacto de San José de Costa Rica²⁶ y artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁷⁻²⁸, y (v) principio recogido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley N° 19.585, que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación (1h)²⁹.

La sentencia incluye además como razón para la afirmación (Ah) que en este caso se conforma respecto de ambas niñas el derecho a la identidad en sus dos vertientes (3h), para lo cual recoge la distinción que se realiza en doctrina entre la vertiente estática –que se construye sobre los datos físicos de una persona– y la dinámica –“*que involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprendiendo su historia personal,*

de donde viene, quienes fueron sus padres y ascendientes, sus raíces, es decir, poder determinar su filiación” (considerando octavo).

²⁴ El tribunal en este punto sostuvo: “[...] se refiere principalmente al derecho de cada cual a conocer sus orígenes, a investigar de donde viene, quienes fueron sus padres y ascendientes, sus raíces, es decir, poder determinar su filiación”.

²⁵ Artículo 7.1: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”, y artículo 8.1: “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

²⁶ Artículo 3: “Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Artículo 18. “Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

²⁷ Artículo 16: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

²⁸ Agrega en la sentencia que “*se afirma que el derecho a la identidad emana de la propia dignidad de la persona; estando reconocido en la propia Constitución Política, artículo 1 y también en diversos Pactos Internacionales de Derechos Humanos”* (considerando octavo). Sobre esta afirmación no resulta claro si el tribunal está o no de acuerdo con la misma, por ello no es parte de la representación de los argumentos de la sentencia.

²⁹ Sobre este argumento, el tribunal sostiene que la Ley N° 19.585 establece el derecho a la identidad “*haciendo prevalecer la verdad biológica o real por sobre la verdad formal*”, permitiendo la investigación de la paternidad y/o maternidad (considerando octavo).

su biografía existencial, su estructura social”—, quedando acreditado en este caso que “*las niñas genéticamente, afectivamente y socialmente son hijas de la demandante [...], es decir, la verdad biológica y social dan cuenta de éste vínculo, que no es más que un vínculo de filiación*”³⁰.

Resulta fundamental para la afirmación (Ah) el razonamiento contenido en el considerando décimo, en el que se incorpora como argumento lo señalado en la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño (2h), en la cual de manera expresa señala: “El derecho del niño a preservar su identidad está garantizado por la Convención (art. 8) y debe ser respetado y tenido en cuenta al evaluar el interés superior del niño”³¹.

Es en el considerando décimo donde el tribunal desarrolla el interés superior de las niñas —cómo se determina y qué es—, para terminar afirmando que resulta vulneratorio del derecho a la identidad y el interés superior del niño que no se vea reflejado el elemento dinámico de la identidad de las niñas, dado por el ejercicio de la maternidad afectiva y social de la demandante, y que la ley impida que la filiación legal sea reflejo de la verdadera situación familiar de las niñas y sus padres (Ai). Para ello parte explicando cómo se determina el interés superior: “[...] *a partir de la evaluación de las circunstancias que rodean el caso, como son las características individuales del niño en concreto, y sus circunstancias, es decir, su concreción debe hacerse a la luz de interpretaciones que abarquen hechos concretos y reales que sean relevantes al momento de tomar la decisión*”³² (1i), utilizando como argumento aquel contenido en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffó y niñas vs. Chile* de 2012 (1i.1)³³, en la cual la Corte

³⁰ Considerando octavo.

³¹ La Observación General N° 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), sostiene que el interés superior del niño reconocido en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) tiene como objetivo “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño” (párrafo 4) y que es (i) un derecho sustantivo, (ii) un principio jurídico interpretativo fundamental y (iii) una norma de procedimiento (párrafo 6).

Realiza un análisis jurídico del artículo 3 inciso 1 (párrafos 17 a 40), para luego referirse a los elementos que permiten determinar el interés superior, entre ellos, la identidad del niño.

³² Considerando décimo.

³³ Suma al pie de página la cita del artículo: “El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas”, de Silvana Alegre, Ximena Hernández y Camille Roger, quienes afirman que “la determinación del interés superior del niño se evalúa y determina en

sostuvo que si bien es un fin legítimo y es además imperioso la protección del interés superior del niño (párrafo 108), en los casos de cuidado y custodia, la determinación de dicho interés “*se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios*” (párrafo 109)³⁴.

Después de explicar cómo se determina el interés superior, sostiene el tribunal que “*la Convención de los Derechos del Niño formula el principio de interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos*”³⁵ (2i), mencionando que en este punto que sigue al autor Miguel CILLERO³⁶ (2i.1), que justifica la afirmación de que “el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos” al haber la Convención sobre Derechos del Niño reconocido un explícito catálogo de derechos de los niños –antes de tal reconocimiento, la referencia a su interés superior “pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente

forma particular, es decir que depende de la situación específica que afecta al niño o al grupo de niños considerado”.

Las autoras en el artículo citado plantean que el principio de interés superior del niño –elemento determinante para la protección de la infancia– del artículo 6 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño “es probablemente el principio más enigmático de la CIDN, tanto respecto de su conceptualización como de sus implicancias prácticas”, para seguidamente referirse al impacto de la consagración de este principio tanto desde el punto de vista ideológico, jurídico y político como también desde los distintos niveles de responsabilidad en la realización del interés superior del niño: privado y público; incorporándose el mismo en la normativa interna de los Estados –a nivel constitucional, como en el caso de Bolivia, Ecuador, México, entre otros, o a nivel de leyes o códigos de infancia, como en el caso de Colombia y Guatemala–. ALEGRE, *et ál.* (2014).

³⁴ Es importante mencionar que la Observación General N° 14 también reconoce que el interés superior del niño “debe determinarse caso por caso [...] se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto” (párrafo 32). Luego agrega: “La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños” (párrafo 48).

³⁵ Considerando décimo.

³⁶ CILLERO (1999).

de ‘derecho’—, dejando de ser un objetivo social deseable, proponiendo la Convención otra solución: “[...] el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no ‘constituye’ soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente”, resultando tal fórmula necesaria debido a la tendencia a desconocer los derechos del niño como límite y orientación de las decisiones de las autoridades y de los adultos en general³⁷.

El tribunal, luego de realizar un ejercicio interpretativo del artículo 182 del Código Civil, que le permitió afirmar que estamos en presencia de un vacío legal, acudió al estudio del derecho internacional de los derechos humanos, con el fin de dar mayor protección y efectividad a los derechos en juego, en este caso, el derecho a la identidad y el interés superior de las niñas M.J. y M.I., conectadas las afirmaciones respecto de ambas con la solución final.

2. ¿A quién se debe considerar madre en un contrato de maternidad gestacional subrogada? (Qj)

Como segunda cuestión, el tribunal se pronunció, en el considerando noveno, respecto a la pregunta: ¿quién es la madre frente a un contrato de maternidad subrogada? En primer lugar menciona tres posiciones teóricas: (i) madre es quien ha gestado y parido el hijo (SPk); (ii) madre es quien ha manifestado la voluntad de procrear (SPm): criterio volitivo, y (iii) madre es la mujer que aporta sus óvulos: criterio genético (SPn).

Respecto a la primera propuesta (SPk), el tribunal sostiene que hay quienes argumentan que es madre quien ha gestado y parido el hijo, aplicándose las reglas generales del Código Civil, y que no procede la impugnación de la maternidad, “*ya que la ley establece causales taxativas para su impugnación,*

³⁷ En la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño se sostiene, igualmente, que “el fin último del interés superior del niño debería ser garantizar su disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y su desarrollo holístico. Por consiguiente, los elementos contrarios a los derechos consagrados en la Convención o que tendrían un efecto opuesto a esos derechos no pueden considerarse válidos al evaluar lo que es mejor para uno o varios niños” (párrafo 51).

dentro de las cuales no se establece alguna que permita alegar que el óvulo pertenece a otra mujer o, bien, que la voluntad procreacional reside en una mujer distinta a la madre gestante” (1k)³⁸; posición teórica que es desestimada, afirmando en la sentencia que el interés superior no puede sacrificarse en virtud de la certeza y seguridad que brinda la regla del parto (A1), expresando como motivos para ello: (i) que si bien el “parto es normalmente acreditable y brinda certeza y seguridad necesaria en el derecho de filiación”³⁹, la presunción de la maternidad es simplemente legal, que en principio admitiría prueba en contrario (11); (ii) la regla del parto tiene sentido cuando se condice con la realidad, lo que no ocurre en la maternidad disociada (21), y (iii) resulta ilógico atribuir la maternidad a una mujer que jamás tuvo el deseo de engendrar un hijo para sí, ni asumir las responsabilidades que de ello derivan (31)⁴⁰.

³⁸ Considerando noveno.

En este punto, la sentenciadora cita al pie de página el libro *Procreación asistida: Un análisis a la luz de la legislación chilena*, de Juan GUMUCIO SCHÖNTHALER, el cual, a la fecha de entrega de este trabajo, no fue posible acceder a ella para incluirla entre las referencias.

³⁹ Considerando noveno.

⁴⁰ Respecto de esto último, la sentenciadora incorporó como argumento una cita al pie de página de la tesis de grado “Procedencia de la maternidad gestacional subrogada en el régimen constitucional chileno”, de Carol RAIL, en la cual su autora plantea como hipótesis la concordancia de la maternidad gestacional subrogada con el ordenamiento constitucional chileno. Para desarrollar su hipótesis analiza el concepto de dignidad y su incidencia en torno a la maternidad gestacional subrogada en el ordenamiento jurídico chileno como en el derecho internacional –entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)–. Reconoce que la mayoría de la doctrina en Chile sostiene que la maternidad gestacional subrogada atenta contra la dignidad de la persona, transformando al hijo y a la madre sustituta en objetos o instrumentos del derecho, pero que de las lecturas de las definiciones de dignidad “es posible encontrar presente en todas ellas, la autodeterminación, la racionalidad y la libertad como elementos del concepto, los cuales no pueden ser vulnerados sin atentar necesariamente contra la dignidad del ser humano”, enfoque que permite sostener que esta maternidad no convierte a la madre sustituta en objeto del derecho al haber sido esta mediante un acto de voluntad y en uso de racionalidad y libertad decide someterse a esta técnica.

En la tesis analiza los distintos derechos consagrados en el artículo 19 de la Constitución y que resultan a su juicio relevantes para determinar la procedencia de la maternidad gestacional subrogada: derecho a la vida y derecho a procrear; derecho a la igualdad y no discriminación arbitraria; derecho a la intimidad de la persona y su familia, y derecho a la salud en los casos de infertilidad, para concluir que, desde una perspectiva liberal, la maternidad gestacional subrogada no atenta contra la dignidad de las personas, como tampoco tras el análisis del derecho internacional y los derechos fundamentales.

En cuanto al criterio volitivo, en la sentencia no se hace referencia a por qué no sería correcto; por ello la suposición SPk luego no es negada o afirmada, ni se conecta con la respuesta final.

Finalmente, respecto del criterio genético, el tribunal afirma que es una tesis defendida por los autores, que sostienen que el artículo 182 del CC “*constituye una aplicación del sistema general de determinación basado en la descendencia genética, ya que, la expresión legal ‘sometersé’ que utiliza dicho artículo, estaría haciendo referencia a la persona que aporta el material genético, en este caso sus óvulos*”⁴¹, aportando la sentenciadora dos razones

Respecto del tema de la filiación en la subrogación de la maternidad sostiene: “Es evidente que el hecho del parto es normalmente acreditable y brinda la certeza y seguridad necesaria en el derecho de filiación. Es por ello que se establece como una presunción para la determinación de la maternidad, pero una presunción simplemente legal que en principio admitiría prueba en contrario, pues la regla del parto tiene sentido cuando se condice con la realidad, lo que no ocurre en la maternidad disociada donde resulta insuficiente”, agregando a continuación: “Resulta ilógico atribuir la maternidad a una mujer que jamás tuvo el deseo de engendrar un hijo para sí, ni asumir las responsabilidades que de ello derivan, teniendo en especial consideración al bienestar del menor, éste no puede sacrificarse en virtud de la certeza y seguridad que brinda la regla del parto”. Rail adscribe a la tesis de que resultaría más coherente establecer la filiación conforme al criterio volitivo basado en la voluntad procreacional. RAIL (2010), pp. 6-44.

Una respuesta interesante al argumento de la libertad que sostiene Rail lo encontramos en la propuesta de la filósofa Ana de Miguel, quien plantea que “la estructura patriarcal se asienta y difunde por medio de la machacona creencia de cómo ‘ya hay igualdad’, cualquier acción que realicen las mujeres es fruto de la libre elección, del consentimiento”, analizando críticamente la libertad de tales elecciones, desarrollando la idea de que el neoliberalismo económico encuentra, en la desigualdad de género y el neoliberalismo sexual, “una importante fuente de legitimación del núcleo de su discurso: todo tiene un precio, todo se puede comprar y vender”; lo anterior se explica especialmente al estar firmemente interiorizada la ideología patriarcal, la cual, mediante sus modos de socialización que son tan perfectos, la coacción estructural en que se desarrolla la vida de las mujeres, presenta “para buena parte de ellas, la imagen misma del comportamiento libremente deseado y elegido”, generando grandes acuerdos, solapándose en un orden tan natural como libremente elegido. DE MIGUEL (2015), pp. 9-11.

También se puede consultar PULEO (2017), pp. 165-184.

⁴¹ Considerando noveno.

A pie de página el tribunal cita el artículo de Susan Turner “La maternidad disociada”, en el cual plantea la vaguedad del artículo 182 del CC, sosteniendo que “podría entenderse que el art. 182 constituye una aplicación al sistema general de determinación basado en la descendencia genética o, por el contrario, una vía distinta y separada de la regla general y que estaría fundada en la voluntad procreacional. En el primer caso, la expresión legal ‘sometersé’ apuntaría al sujeto que aporta su material genético. En el segundo, se ‘sometería’ a la técnica el que desea ser padre del hijo que nazca a través de la técnica”.

que la llevan a concluir que no es aplicable este criterio (Nñ): la historia del artículo 182 del CC (1ñ) y que no procede una interpretación evolutiva (2ñ), “*ya que el legislador expresamente en actas señaló que no abordaría dicho supuesto*”⁴².

La segunda cuestión que aparece en la argumentación de la sentencia es la relativa a responder: ¿a quién se debe considerar madre en un contrato de maternidad gestacional subrogada? (Qj), desestimado el tribunal el criterio que podría denominarse legal (SPk) y el genético (SPn), afirmando que el interés superior no puede sacrificarse en virtud de la certeza y seguridad que brinda la regla del parto (Al), la que se encuentra conectada con la solución del caso (Sa).

Al preguntarse cómo se determina la filiación en aquellos casos en que es aplicable el artículo 182 del CC, menciona una primera interpretación (genética) que permite concluir que la intervención de técnicas de reproducción asistida no sería una determinación distinta a la filiación natural, quedando la maternidad determinada aplicando el artículo 183 del CC, es decir, sería madre legal aquella que parió al hijo, lo que estaría reafirmado por la reforma introducida en la Ley N° 19.585 a través del artículo 239, al eliminar del mismo la definición de maternidad; en este caso cabría la impugnación en la medida que tenga un titular y una causa legal (las del artículo 217 del CC), estando prohibido la titularidad de acción para la madre genética contra la madre gestante, quedando a salvo la acción del hijo debiendo invocar falso parto o la suplantación del hijo, salvaguardando con ello su derecho a la identidad biológica.

En cuanto a la segunda interpretación (volitiva), “el artículo 182 contendría una vía de determinación especial que atiende a la voluntad de tener un hijo a través de las técnicas”, es decir, sería la madre del hijo la mujer comitente y aportante de su óvulo, “pues ella concurre la voluntad procreacional”. En este caso, para la corregibilidad del vínculo materno, la limitación del inciso segundo del artículo 182 solo sería aplicable a la madre legal (la gestante), pues la ley consideraría madre a la mujer aportante y comitente; en el caso del hijo, no le estaría vedado la impugnación, pero resultaría que su madre legal coincidiría en este caso con su madre genética.

Susan Turner, después de especificar las dos teorías sobre el artículo 182 en relación con la maternidad disociada, considera que la norma “contiene una forma especial y distinta de determinación de la filiación basada en la voluntad de ser padre o madre del hijo nacido por fertilización asistida”, que importaría una solución más conveniente para el hijo nacido a raíz de esta técnica, debiendo la ley preferir a quien, a través de su voluntad, dio origen a su nacimiento, más allá de la licitud o ilicitud del pacto de maternidad subrogada.

La autora concluye en su artículo afirmando que para un tratamiento normativo sobre esta materia que se considere como elemento rector la voluntad procreacional que “jugaría un rol preponderante al reconocersele fuerza para dar origen al estado civil pero, al mismo tiempo, quedaría restringida la posibilidad de corregir el vínculo así establecido a través de la impugnación”. TURNER (2003), pp. 451-455.

⁴² Considerando noveno.

3. ¿Es nulo el contrato maternidad subrogada? (Qo)

Finaliza la sentencia en el considerando undécimo respondiendo a la pregunta: ¿es nulo el contrato maternidad subrogada? (Qo), sosteniendo que para algunos autores lo es, atendida: (i) la ilicitud del objeto, “*al versar el pacto sobre el cuerpo humano, transformándolo en un objeto de comercio*” (SPp)⁴³, y (ii) por causa ilícita, “*al atentar contra la moral y las buenas costumbres*” (SPq).

Respecto del objeto y de la causa ilícita, el tribunal puso como ejemplo de autores que sostienen que el contrato es nulo a Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE (Ar), haciendo referencia a su libro *La fecundación in vitro y la filiación*⁴⁴, en el que la autora reconoce que la maternidad subrogada es “la más controvertida de las técnicas de reproducción asistida, debido a los problemas de carácter ético jurídico que plantea”, y que debe ser desestimada al comportar una grave lesión a la dignidad humana, en especial cuando se realiza por medio de un contrato oneroso, definiendo, él mismo, como “el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante”. Para luego preguntarse: ¿cuál es la validez de este contrato? —que es precisamente la referencia que se hace en la sentencia—, sosteniendo que este pacto contravendría la dignidad humana, en cuanto la más elemental regla de orden público; respecto de la causa u objeto ilícito, Maricruz GÓMEZ hace referencia a la doctrina española que, antes de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, consideraba mayoritariamente inexistentes estos contratos, puesto que no pueden ser objetos del contrato las cosas que están fuera del comercio humano, como es el cuerpo humano. Respecto a la causa ilícita, el fundamento para la misma es porque se opone a la moral, tanto si se trata de una cesión gratuita como onerosa; traspasando este contrato los límites de la autonomía privada en razón “de que el objeto del negocio

⁴³ Respecto de la causal de nulidad por objeto ilícito, en un pie de página cita el mismo artículo de Hernán Correa contenido en la representación 1c.1, en el cual el autor afirma: “En caso de llegar a nacer un hijo por medio de un contrato de maternidad subrogada [sic], entendemos que el acuerdo adolecerá de causa y objeto ilícito, y no será ejecutable”, sin dar razones el autor para afirmar aquello. CORRAL (2000), p. 4.

⁴⁴ GÓMEZ (1993), pp. 197-237.

sería la persona por lo que dicho contrato resultaría ilícito, por ser contrario a los principios de orden público hoy vigentes en la sociedad”.

Ilícitudes que a juicio del tribunal no se darían en el caso (Nt), “*ya que no se estaría transformando en ‘objetos de comercio’ el cuerpo de la mujer que gesta a la criatura, ni a las hijas*”⁴⁵, al tratarse de un contrato gratuito (1t). Si bien en la sentencia se plantea que la nulidad del contrato no sería una sanción aplicable al caso al tratarse de un contrato gratuito, en el debate sobre la maternidad subrogada no existe un acuerdo ni en la doctrina ni en las legislaciones de otros países sobre el tema. En tal sentido, la autora Kajsa EKIS EKMAN plantea que “la distinción que se hace entre subrogación altruista y comercial es indecorosa. En realidad no hay ninguna diferencia entre ellas. En ambas ocurre lo mismo: la mujer es reducida a un contenedor”⁴⁶.

Legislaciones como la española sancionan estos contratos con nulidad, sin distinguir si se trata de un contrato gratuito u oneroso. Es así como el artículo 10 de la Ley N° 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida declara la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución; la norma es del siguiente tenor: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”⁴⁷.

⁴⁵ Considerando undécimo.

⁴⁶ EKIS (2017), p. 203.

La autora sostiene que el comercio con el embarazo tuvo sus orígenes en Estados Unidos en el decenio de 1970, convirtiéndose en una industria legalizada y floreciente en este país, como también en la India. En este último país la industria de maternidad subrogada se valorizó en el 2006 en 449 millones de dólares estadounidenses, afirmando además que en la mayoría de los casos, la mujer que da a luz, independientemente de si es ucraniana, india o estadounidense, es más pobre que lo que pagan por el niño, concurriendo dos partes, por un lado personas pudientes de países desarrollados y, por otro, mujeres de países en desarrollo o mujeres de menos recursos, que solo tienen su cuerpo. La autora agrega que: “[...] podemos considerar la maternidad subrogada como un intento de reglamentar la relación tradicional entre el proletariado y las clases altas por medio de un contrato. Por este medio, la diferencia de poder económico entre los ricos y el proletariado se ‘purifica’ y rehace como una relación de igualdad”, cosificando no solo a la mujer o al niño, sino la vida: “la propia existencia es mercantilizada”. EKIS (2017), pp. 167-203.

⁴⁷ El Tribunal Supremo español se pronunció respecto de esta norma en el año 2014. El caso se trata de dos varones casados en 2005, quienes solicitaron en el Registro Civil consular de Los Ángeles (California, Estados Unidos) la inscripción de nacimiento de dos hijos nacidos en dicho Estado norteamericano el 24 de octubre de 2008 mediante gestación por sustitución. El

encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción solicitada, invocando la prohibición de la denominada gestación por sustitución establecida en el artículo 10 de la citada ley, resolución contra la cual los interesados interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el que solicitaron la revocación de la decisión del encargado del Registro Civil, dictando la Dirección General resolución el 18 de febrero de 2009, estimando el recurso y *“ordenando se procediera a la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de los menores tal como constaba en las certificaciones registrales extranjeras presentadas, en las que ambos recurrentes figuraban como padres de los nacidos. La resolución consideraba que dicha solución no vulneraba el orden público internacional español, evitaba una discriminación por razón de sexo y protegía el interés superior del menor”* (Resolución JUR\2009\154581).

Resolución contra la cual el Ministerio Fiscal presentó demanda en la que impugnaba la misma, dejando el Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Valencia sin efecto la resolución y cancelando la inscripción de nacimiento, recurriendo de apelación los solicitantes, desestimando el recurso la Audiencia Provincial.

Contra esta última se interpuso recurso de casación fundado en la vulneración del principio de igualdad en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de estos consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuestión que fue vista por el pleno del Tribunal Supremo, el que rechazó el recurso. El voto de mayoría se fundó en los argumentos que paso a explicar. Primeramente razona en el sentido de que no estamos ante un conflicto de leyes, sino la del reconocimiento de una decisión de autoridad adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California, debiendo resolver si esa decisión mediante la cual se inscribió el nacimiento de los niños, determinando la filiación de ambos respecto de los peticionarios, puede ser reconocida y desplegar sus efectos en el sistema jurídico español.

La sentencia de 6 de febrero de 2014 considera que el control respecto del procedimiento de reconocimiento, que consiste en que la certificación del registro extranjero sea regular y auténtica, de que no haya dudas de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española; por consiguiente, el control no se limita solo a los aspectos formales, debiendo extenderse a cuestiones de fondo, de lo que deriva que la legalidad conforme a la ley española de los asientos extendidos en registros extranjeros, si bien no puede entenderse como absoluta conformidad con todas y cada una de las exigencias de la legislación, sí ha de hacerlos con respecto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español, que en el caso de las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia, y dentro de ella, las relaciones paternos-filiales, tiene un anclaje en diversos preceptos constitucionales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a contraer matrimonio, derecho a la intimidad familiar, protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley. Formando parte de este orden público de protección de la infancia, y el derecho a la integridad física y moral de las personas y el respeto a su dignidad; estos últimos constituyen uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social, actuando en su conjunto como límites al reconocimiento de las decisiones de autoridades extranjeras.

Seguidamente reconoce que, tal como afirman los recurrentes, la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituyen en sí una contravención al orden público, lo que no se acepta es que los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneran la dignidad de la mujer gestante y del niño, *“mercantilizando la gestación y la filiación, ‘cosificando’ a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran*

Si bien he abordado de manera sucinta la problemática de la nulidad del contrato de maternidad gestacional subrogada, es el tema más complejo respecto del cual el tribunal se pronunció, existiendo un profuso debate en torno al mismo.

IV. CONCLUSIONES

Analizar los argumentos que señaló el tribunal para dar lugar a las acciones de impugnación y reclamación de la maternidad interpuesta por la mujer que tuvo la intención y quien aportó el material genético, junto a su pareja, para dar vida a dos niñas gestadas no por ella, sino por su madre, criándolas como sus hijas, me permitió representar y evaluar las razones por las cuales se declaró finalmente que las niñas M.J. y M.I. son hijas de la demandante.

Las tres cuestiones principales en los que el tribunal centró el análisis del caso, y que reconducidas a preguntas se representaron a través de Qb. Qj y Qo, fueron conectadas con la solución final, centrándose los argumentos

mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ‘ciudadanía censitaria’ en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población” (punto 6, valoración de la Sala). Agrega el tribunal que el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños está prohibida en España, declarando nulo el contrato y no reconociendo la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación: la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad del ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico.

En cuanto al interés superior del menor, lo que para el tribunal es un concepto jurídico indeterminado, estos es: *“Una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial”* (considerando 5.3), lo que no permite al juez alcanzar cualquier resultado en aplicación del mismo, debiendo tomar en consideración los valores asumidos por la sociedad, contenidos tanto en reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, y, en caso de concurrir otros bienes jurídicos, es necesario realizar una ponderación; entre esos bienes jurídicos se encuentra *“el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”* (considerando 5.7). Contra esta sentencia se interpuso incidente de nulidad, el que fue rechazado el 2 de febrero de 2015.

Una interesante crítica de la sentencia se puede consultar en ATIENZA (2014), pp. 440-445. Para la revisión de la evolución en las decisiones adoptadas en España sobre el tema en orden cronológico, se puede consultar EMALDI (2017), *passim*.

en el derecho a la identidad y el interés superior de las niñas, reconociendo que en este caso se acreditó que genética, social y afectivamente las niñas son hijas de la demandante, no siendo nulo el contrato de maternidad subrogada en razón de la gratuidad del mismo.

Quedan abiertas muchas preguntas respecto de la maternidad gestacional subrogada, planteando desafíos en el debate sobre los derechos y en el campo de la bioética; debates ineludibles en estos tiempos y que abrirá las puertas a preguntas tales como: ¿es madre quien gesta? ¿Se puede disociar la maternidad tradicional? ¿Es solo posible este pacto cuando es gratuito o pagado en ciertas condiciones? Preguntas sobre los límites de lo permisible o no en relación con los valores y principios que fundan nuestros pactos sociales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE, Silvina *et al.* (2014): “El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas”, *Cuaderno* N° 5, SIPI, Sistema de Información sobre la Primera Infancia en América Latina, Disponible en <http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/sites/default/files/sipi_publicacion/sipi_cuaderno_05_interes_superior_nino.pdf>.
- ALEXY, Robert (2012): *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción de Carlos Bernal Pulido, 2ª edición (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- ATIENZA, Manuel (2014): *Curso de argumentación jurídica*, 2ª reimpresión (Madrid, Editorial Trotta).
- (2017): *Filosofía del derecho y transformación social* (Madrid, Editorial Trotta).
- CHIASSONI, Pierluigi (2011): *Técnicas de interpretación jurídica. Brevario para juristas* (traducción de Pau Luque Sánchez y Maribel Narváz Mora (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- CILLERO BRUÑOL, Miguel (1999): “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. Disponible en <http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf>.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2000): “Reproducción humana asistida y filiación. Un análisis del nuevo artículo 182 del Código Civil”. Disponible en <<https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/art-182cc.pdf>>.

- DE ASÍS ROIG, Rafael (1995): *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento* (Madrid, Marcial Pons).
- DE MIGUEL, Ana (2017): *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, 8ª edición (Madrid, Ediciones Cátedra).
- EKIS EKMAN, Kajsa (2017): *El ser y la mercancía: Prostitución, vientres de alquiler y disociación* (Barcelona, Ediciones Bellaterra).
- EMALDI CIRIÓN, Aitziber (2017): “Implicaciones éticas y jurídicas de la maternidad subrogada. Aproximación a una visión europea”. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X201700020022>.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (1993): *La fecundación in vitro y la filiación*, 1ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LIFANTE VIDAL, Isabel (2018): *Argumentación e interpretación jurídica: Escepticismo, intencionalismo y constructivismo* (Madrid, Editorial Tirant lo Blanch).
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David (2004): *Jueces, derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática* (Navarra, Editorial Thomson).
- PULEO, Alicia (2017): “Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado. El alquiler de úteros como extractivismo”. Disponible <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6144005>>.
- RAIL PACHECO, Carol (2010): *Procedencia de la maternidad gestacional subrogada en el régimen constitucional chileno*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Disponible en <<http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2010/fjr152p/doc/fjr152p.pdf>>.
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio (2017): “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, en *Revista de Derecho Político* N° 99. Disponible en <<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/19307>>.
- TURNER SAEZLER, Susan (2003): “La maternidad disociada”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXIV (Valparaíso).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29 de noviembre de 2012. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>.
- Atala Riffo y niñas vs. Chile* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>.
- C. P.CH. A. contra A.V.A.C.* (2018): Segundo Juzgado de Familia de Santiago, 8 de enero de 2018.
- Sentencia N° 835/2013, Sala de lo Civil Pleno, Tribunal Supremo español, 6 de febrero de 2014. Disponible en <<https://supremo.vlex.es/vid/filiacion-reconocimiento-extranjero-494106606>>.
- Sentencia N° 335/2015, Sala de lo Civil Pleno, Tribunal Supremo español, 2 de febrero de 2015. Disponible en <<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/acbe691a198cb5c4/20150213>>.
- Resolución JUR\2009\154581, Dirección General de los Registros y del Notariado, 18 febrero 2009. Disponible en <<http://www.legaltoday.com/informacion-juridica/jurisprudencia/civil/resolucion-de-la-direccion-general-de-los-registros-y-del-notariado-de-18-febrero-2009>>.
- Sentencia N° 826-11, Sección Décima de la Iltma. Audiencia Provincial de Valencia, 23 de noviembre de 2011. Disponible en <[www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es/APValencia/2011.11.23/REC%20N%20949.2011.pdf)> APValencia 2011.11.23 REC N° 949.2011.pdf>.

