

## PROCEDIMIENTO CIVIL COMPARADO: ESTADOS UNIDOS, CHILE Y SUDAMERICA

*Richard B. Cappalli*

### RESUMEN

*Se ofrece una perspectiva del proceso civil chileno en comparación con el norteamericano y el existente en diversos países de Sudamérica. En lo concerniente al proceso civil contiene la perspectiva de un abogado y profesor extranjero, que constituyen muchas veces visiones radicalmente distintas a las que nosotros tenemos. Así, por ejemplo, para él los procesos civiles chilenos son "cuasi-secretos" por las limitaciones de cualquier persona de acceder, revisar u observar audiencias. Asimismo, aprecia una actitud inquisitiva del juez civil en materia probatoria, derivada de la existencia de las medidas para mejor resolver. También en materia de prueba nos observa nuestra falta de procedimientos destinados a conocer previamente la prueba del contradictor, procedimientos que tienen por objeto evitar sorpresas durante el proceso, conocidos como "Discovery" en EE.UU. También le llama la atención al autor la multiplicidad de inhabilidades que pueden afectar a los testigos, cuestión ya superada por ellos. Plantea la excesiva preponderancia de la Ley escrita en la enseñanza y ejercicio de la profesión, lo que se traduce en una capacidad de memorización de preceptos legales en desmedro de la habilidad para resolver casos concretos. En vinculación con lo anterior, el autor también observa el relativo valor de la sentencias judiciales, lo que se traduce en una exigua o nula referencia de precedentes en los fallos dictados por nuestros tribunales.*

### I. INTRODUCCION

¿Por qué quisiera uno examinar los procedimientos civiles de Sudamérica y contrastarlos con los de los Estados Unidos?<sup>1</sup> Una respuesta podría ser el valor práctico de un estudio de este tipo para los abogados de ambos continentes.<sup>2</sup> El volumen de comercio entre los Estados Unidos y las repúblicas de Sudamérica es considerable. En 1986 las exportaciones de los Estados Unidos a diez países de Sudamérica se avaluaron en 11.8 billones de dólares,<sup>3</sup> mientras que las importaciones fueron avaluadas en 19.8 billones de dólares.<sup>4</sup>

Estos dólares representan no sólo transacciones, sino que las consiguientes complejidades y disputas que ellas conllevan. El comercio genera un mercado secundario de abogacía, en el cual los litigios y arbitrajes entre partes de distintos

<sup>1</sup> Véase en general Rheinstein, "Comparative Law - Its Functions Methods and Usages", 22 Ark. L. Rev. 415 (1968).

<sup>2</sup> R. Schlesinger, "Comparative Law" 270 (3ª ed., 1970). De aquí en adelante citado como "Schlesinger".

<sup>3</sup> Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

<sup>4</sup> Derivado de J. W. Wilkie, ed., "Statistical Abstract of Latin America", vol. 26, tabla 2.634, pág. 605 (1988).

países resuelven aquellos choques que se resisten a los arreglos negociados. Un estudio comparativo puede ayudar a las conversaciones entre los abogados de ambos hemisferios, envueltos en estos casos. A un abogado sudamericano le sería difícil entender el procedimiento civil en un tribunal de los Estados Unidos, sea éste estatal o federal. Lo mismo se aplicaría a su semejante norteamericano, cuando se están discutiendo los intereses de su cliente en el hemisferio austral. Esta obra puede ser de ayuda práctica para todos ellos.

Otra razón está dada por la posibilidad de servir a los estudios de derecho comparado. Ambos hemisferios pueden extraer ideas en cuanto a litigios civiles, tomadas de otros países y culturas.

La erudición comparada norteamericana, por lo general, ha ignorado el tema del procedimiento civil. En efecto, si elimináramos las obras de Cappelletti de Stanford, Langbein de Chicago y Von Mehren de Harvard, así como la magnífica obra de Schlesinger,<sup>5</sup> nos quedaríamos con muy poca literatura de lengua inglesa, que compare los procedimientos civiles de países o continentes.

También, muchos comparativistas son monolingüales, y en cuanto tales, están limitados al mundo de habla inglesa. Además, los estudios comparativos realizados en los Estados Unidos han descuidado totalmente a Sudamérica,<sup>6</sup> enfocándose por décadas, casi exclusivamente, a Europa y ahora a Japón y China.

Finalmente, casi todos los comparativistas se han inclinado por el derecho sustantivo, escogiendo principalmente estudiar doctrinas sustantivas particulares. Y, en consecuencia, espero que este rincón del mundo académico se vea enriquecido por el análisis del procedimiento civil de Norte y Sur.

Como ya pueden sospechar, detrás de esos comentarios post hoc, hay una razón de fondo para este estudio: un acontecimiento. Como un afortunado y agradecido receptor de una beca Fulbright-Hayes, el autor enseñó procedimiento civil comparado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile en 1988, estudió el sistema de Cortes de tal país y se fascinó con los Códigos de Procedimiento de Sudamérica. En definitiva, la oportunidad simplemente surgió y esta obra es consecuencia de esa buena fortuna.

De nuestro examen microscópico de los códigos de procedimiento de cinco países surge una importante generalización: las repúblicas sudamericanas no han estado renuentes a adoptar instituciones de procedimiento, mecanismos y doctrinas con orígenes en el common law. Nuestros descubrimientos son paralelos a los del profesor Schlesinger, quien ha notado tales adopciones importantes en el derecho público sudamericano, e incluso algunos impactos en el cuerpo del derecho privado.<sup>7</sup> Nuestro estudio consulta decenas de paralelos.<sup>8</sup> Nada de lo que hemos encontrado es tan notable como la reciente institución de juicio por

<sup>5</sup> R. B. Schlesinger, H. W. Baade, M. R. Damasha y P. E. Herzog, "Comparative Law" 337-497 (5ª ed., 1988). De aquí en adelante citado como "Schlesinger V".

<sup>6</sup> Esto es parte de un largo y continuo desinterés en Sudamérica, por parte de Europa y Norteamérica, por lo menos en relación a asuntos académicos. Véase J. Gunther, "Inside South America" XII-XIII (1966).

<sup>7</sup> Schlesinger V, *supra* nota 5, pág. 316.

<sup>8</sup> En una obra de este alcance es imposible delinear los orígenes de las prácticas sudamericanas, que son susceptibles de compararse a las nuestras. En todo caso, muchas pudieron haber estado inspiradas por reformas europeas.

jurados en la Unión Soviética en casos de crímenes graves,<sup>9</sup> o la reforma masiva del código de procedimiento penal de Italia, basada en el modelo de los Estados Unidos.<sup>10</sup>

Aun de pequeñas e innumerables maneras, los valores de intercambio legal internacional y erudición comparada se reflejan en los diversos códigos que hemos estudiado. Recordando que los países latinoamericanos tienen una profunda y larga tradición de derecho civil,<sup>11</sup> y notando que el aislamiento, el parroquialismo y el egoísmo son barreras poderosas para que se produzcan adopciones sistemáticas en el sector legal, comercial u otros, los comparativistas deben ser alentados para encontrar toda esa evidencia de importancia legal. Tal vez el pragmatismo de los abogados sea universal.

Recordamos en este punto las palabras de una Corte perteneciente al denominado "sistema mixto", la cual señaló: "Nada nos impide adoptar puntos de vista, reglas o razonamientos del common law, o de cualquier otra, cuando en nuestra opinión ellos sean racionales, justos y convenientes".<sup>12</sup>

Mientras Chile, Perú, Argentina, Venezuela y Colombia todavía no han alcanzado "lo mejor de todos los mundos", se están moviendo definitivamente en esa dirección. Respetuosamente sugerimos una próxima etapa: completar el vacío que existe entre la teoría de procedimientos y la realidad en las Cortes, a través de planes e implementación de reforma administrativa en ellas.

Hemos aprendido bastante en los Estados Unidos acerca de la administración judicial y del modo de proceder de las Cortes en dichos casos.<sup>13</sup> En Chile encontramos, en gran parte, un procedimiento moderno y avanzado, pero, frente a ello, existen tribunales polvosos y arcaicos. Como en los Estados Unidos, se necesita mucho más para reducir el trecho entre la teoría y la realidad.

## II. LOS CODIGOS DE SUDAMERICA

### A. Parte General

Hemos encontrado una notable congruencia entre los procedimientos civiles

Vescovi, "Iberian Peninsula and Latin America", en M. Cappelletti, ed., "International Encyclopedia of Comparative Law: Civil Procedure", vol. XVI, cap. 6, Nº 395, p. 223 (1984) ("El código italiano de 1940... es usado como un modelo por los códigos de nuestra área") (Traducción del inglés). De aquí en adelante citado como "Vescovi".

Podremos, por lo tanto, estar exagerando respecto de la influencia de Norte en Sudamérica. Precisar la forma en que se producen innovaciones en el procedimiento, no es tan importante como el hecho del intercambio legal.

<sup>9</sup> Philadelphia Inquirer, Nov. 14, 1989, pág. 7-A, cols. 2-6.

<sup>10</sup> Véase en general Amodia y Selvaggi, "An Accusatorial System in a Civil-Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure", 62 Temple L. Rev. 1211.

<sup>11</sup> Schlesinger V, *supra* nota 5, pág. 315.

<sup>12</sup> Puerto Rico v. Maldonado, 100 P.R.R. 935, 938 (1972) (Traducción del inglés).

<sup>13</sup> Véanse citas en la nota 578, *infra*.

de las mayores repúblicas de habla hispana en Sudamérica: Chile,<sup>14</sup> Venezuela,<sup>15</sup> Argentina,<sup>16</sup> Colombia<sup>17</sup> y Perú.<sup>18</sup>

En tanto que nuestro enfoque se centra en Chile, por cuanto allí estudiamos profundamente el sistema de Cortes durante la segunda mitad de 1988, las semejanzas entre los códigos de los países mencionados con el chileno, nos permiten generalizar nuestra experiencia. Trazar la historia de dichos códigos fue más allá del tiempo y los recursos disponibles, pero leyéndolos, pronto nos dimos cuenta de que una búsqueda histórica estaría de sobra.

Los paralelos son tan impresionantes, que inmediatamente se hace obvio que los redactores de estos códigos han tomado prestados los textos liberalmente, tanto unos de otros, como también respecto de la madre patria España.<sup>19</sup> Uno encuentra, desde luego, las diferencias en los detalles: vocabulario local, variaciones en los períodos de tiempo, diferentes niveles de especificación y cláusulas menores únicas.

Es natural concluir, por lo tanto, que el abogado o erudito comparativista que se familiariza con uno de estos procesos civiles de Sudamérica, simultáneamente se familiariza con la esencia de todos ellos. De acuerdo a esta manera de pensar, hemos denominado nuestro trabajo como "Procedimiento Civil Sudamericano", a pesar del hecho de que la mayoría de las referencias contempladas están hechas en relación a los códigos y las costumbres chilenas.

Hemos fijado 37 puntos específicos en el procedimiento, con el propósito de comparar los códigos de Sudamérica.<sup>20</sup> En las referencias a fuentes de información a lo largo de esta obra, marcamos las diferencias más significativas entre los procedimientos chilenos y los de Venezuela, Argentina, Colombia y Perú. En los siguientes párrafos destacaremos dichas diferencias.

Por el hecho de desconocer el idioma portugués no pudimos abarcar en nuestro estudio los códigos de Brasil. Afortunadamente, el estudio meticuloso del

<sup>14</sup> República de Chile, "Código de Procedimiento Civil", Decreto N° 306, Mar. 13, 1987 (Editorial Jurídica de Chile). De aquí en adelante citado como "Código de Procedimiento Civil"; República de Chile, "Código Orgánico de Tribunales", Decreto N° 1.077, Nov. 25, 1985 (Editorial Jurídica de Chile).

<sup>15</sup> 1985, "Código de Procedimiento Civil de Venezuela" (2ª ed., Ed. Centauro 1986). De aquí en adelante citado como "Código Venezolano".

<sup>16</sup> "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ley 22.434 (Editor AZ, 6ª ed., 1988). De aquí en adelante citado como "Código Argentino".

<sup>17</sup> "Código de Procedimiento Civil de Colombia", Ley 4 de 1969 (Ed. Crítica Jurídica 1969). De aquí en adelante citado como "Código Colombiano".

<sup>18</sup> "Códigos de Procedimientos Civiles de Perú" (Eds. Juris S.A., 1975). De aquí en adelante citado como "Código Peruano".

<sup>19</sup> Véase en general Vescovi, *supra* nota 8, págs. 211-12. Murray, "A Survey of Civil Procedure in Spain and Some Comparisons with Civil Procedure in the United States", 37 Tulane L. Rev. 399 (1963). De aquí en adelante citado como "Procedimiento Civil en España".

<sup>20</sup> Alegaciones; citación; defensas preliminares; rebeldía; reconvencción; tercera; solicitudes de trámites; toma de pruebas; facultad del juez de recibir pruebas; juramento de las partes; instrumentos de prueba; confesión judicial; exhibición de documentos; peritos; inspección judicial; testimonios; habilidad de los testigos; tachas; evaluación de la prueba; carga de la prueba; medidas precautorias; jurisdicción; competencia de los tribunales; acumulación de demandas; salas de las cortes; asistencia legal; litigación de mala fe; expediente de la causa; forma de la sentencia; conciliación; desistimiento voluntario; costas; casación; apelación; ejecución de las sentencias; arbitrajes; procedimientos especiales de apelación.

profesor Rossen acerca del procedimiento civil de Brasil, llena este vacío.<sup>21</sup> Nuestro trabajo, junto con el trabajo de Rossen y la contribución del profesor Vescovi a la Enciclopedia Internacional de Derecho Comparado,<sup>22</sup> ofrecen un material rico y fresco, cubriendo virtualmente el continente entero. El sujeto de nuestro estudio es el procedimiento civil ordinario, sin perjuicio de que reconocemos la gran importancia de los procedimientos especiales y particularmente de las actuaciones de sentencia sumaria.<sup>23</sup> No pudimos incluirlas en esta obra, pero, sin embargo, abarcamos algunos procesos de apelación que solamente se conocen en Chile, como son los recursos de "queja"<sup>24</sup> y "protección",<sup>25</sup> atendido el impacto extraordinario que han tenido en el sistema de apelación chileno. Estos recursos no existen en ninguna otra parte de Sudamérica, y en el caso del recurso de queja, se trata de un proceso de amplia aplicación cuyo crecimiento sin control ni planificación está haciendo que en Chile los procedimientos normales y bien estructurados queden obsoletos.

### B. Venezuela

Las diferencias entre el proceso civil chileno y el venezolano que más impresionaron al autor, se refieren a las materias que a continuación se indican: Primero, en Venezuela los litigantes no están atados a un tribunal unipersonal como en el caso de Chile. Una vez que se han tomado las pruebas, cada uno de los litigantes agrega un juez, escogido de entre una terna propuesta por su contraparte.<sup>26</sup> Esto probablemente facilita a cada parte el tener un defensor dentro del proceso, durante la etapa de la decisión.

Se reconoce la sabiduría de esta proposición cuando se aprende que el proceso unipersonal de decisión en un sistema de derecho civil como el chileno sitúa en el juez la muy difícil carga de analizar y determinar los hechos. El juez está poco familiarizado con los casos, hasta que el actuario le entrega el expediente: un montón de declaraciones de testigos tomadas por el receptor y puestas por escrito, además de alegaciones y documentos. Uno sospecha que el juez, excesivamente cargado de trabajo, estaría agradecido de recibir consejos, aun adversarios, mientras labora para cumplir dentro de plazo con las decenas de casos que existen en su oficina.

Otro punto importante en el cual Venezuela se diferencia de Chile está en el hecho de permitir recusaciones preliminares respecto de la aptitud legal de los reclamos de los demandantes.<sup>27</sup> Tendríamos dificultad para vivir como los

<sup>21</sup> Rossen, "Civil Procedure in Brazil", 34 Am. J. Comp. Law 487 (1986). De aquí en adelante citado como "Rossen".

<sup>22</sup> Vescovi, *supra* nota 8.

<sup>23</sup> En relación al juicio ejecutivo, ver Código de Procedimiento Civil, arts. 434-529; Código Venezolano, arts. 630-689; Código Argentino, arts. 520-594; Código Colombiano, arts. 488-568 (proceso ejecutivo singular). Véase en general Vescovi, *supra* nota 8, pág. 217.

Casi 60% de los asuntos civiles contenciosos que se conocen por los tribunales chilenos son de cobro sumario. Véase J. Merryman, D. Clark y L. Friedman, "Law and Social Change in Mediterranean Europe and Latin America" 95, 102 (1979).

<sup>24</sup> Véase texto que acompaña las notas 442-460, *infra*.

<sup>25</sup> Véase texto que acompaña las notas 505-525, *infra*.

<sup>26</sup> Código Venezolano, arts. 118-124.

<sup>27</sup> Código Venezolano, art. 346 (11). Véase también Rossen, *supra* nota 21, págs. 493-94.

chilenos, sin una moción preliminar de desestimación,<sup>28</sup> porque nos permite evitar procesos costosos en casos sin apoyo legal y sirve como mecanismo principal para introducir nuevas teorías legales de reclamos y defensas hacia el cuerpo legal.

Una tercera distinción fundamental entre Chile y Venezuela está en que Venezuela, junto con Perú, permite a los abogados interrogar y contrainterrogar a los testigos en el estilo del common law, mientras que Chile y Argentina siguen de cerca la práctica del sistema de tradición civil, en el sentido de poner al juez a cargo del planteamiento de las preguntas previamente preparadas por los abogados.<sup>29</sup> En Colombia se admite que todas las partes cuestionen libremente a los testigos, después que el juez los ha interrogado.<sup>30</sup>

Una última distinción principal está en que Venezuela acepta la jurisprudencia como una fuente de la ley relevante y hasta obligatoria.<sup>31</sup> En comparación con ello, Chile es un peladero de precedentes.<sup>32</sup>

### C. Argentina

La comparación principal que queremos hacer entre Chile y Argentina dice relación con el sistema federal de gobierno, el cual genera un sistema de justicia dual: provincial y nacional.

Hay similitudes extraordinarias entre la estructura judicial de Argentina y el sistema federal de los Estados Unidos: Argentina ha tomado prestada libremente la Constitución de los Estados Unidos, cuando adopta su propia Constitución en 1853.<sup>33</sup> En Argentina, así como en los Estados Unidos, un poder judicial separado aplica las leyes nacionales, en los dos niveles de juicio y apelación.<sup>34</sup>

La jurisdicción en relación a la materia es paralela a la nuestra: cuestiones que se tratan de asuntos nacionales como Constitución, Ministerios, oficiales, legislaciones y tratados, tanto como Estados, militares y ciudadanos extranjeros. Las Cortes Federales de Argentina tienen jurisdicción incluso en disputas entre residentes de provincias diferentes, lo cual equivale a nuestro poder Judicial nacional, sobre controversias entre ciudadanos de diversos Estados. Como en los Estados Unidos,<sup>35</sup> el derecho local (provincial en Argentina) proporciona las reglas sustantivas para tales asuntos.<sup>36</sup>

<sup>28</sup> Fed. R. Civ. p. 12 (b) (6).

<sup>29</sup> Compare el Código Venezolano, art. 485, y el Código Peruano, art. 494, con el Código Chileno de Procedimiento Civil, art. 365 y el Código Argentino, art. 442.

<sup>30</sup> Código Colombiano, art. 228.4.

<sup>31</sup> Código Venezolano, art. 321.

<sup>32</sup> Véase texto que acompaña las notas 364-384, *infra*.

<sup>33</sup> K. L. Karst y K. S. Rossen. "Law and Development in Latin America: A Casebook" 43 (1975). De aquí en adelante citado como "Karst".

Argentina ignoró la opinión de Simón Bolívar: "Entre los sistemas de gobierno populares representativos, yo no apruebo el sistema federal: Es demasiado perfecto, y requiere de virtudes y talentos políticos superiores a los nuestros". Simón Bolívar, Carta de Jamaica (1815) (Traducción del inglés).

<sup>34</sup> Véase en general Ley 27, 13 de oct. de 1862, reproducida en el Código Argentino, pág. 243; Ley 48, 25 de agosto de 1862, reproducida en el Código Argentino, págs. 244-48; Decreto-Ley 1285/58, 4 de febrero de 1958, reproducido en el Código Argentino, págs. 267-280.

<sup>35</sup> 28 U.S.C. Nº 1652 (1987); Erie R. R. Co. v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938).

<sup>36</sup> Ley 27, 13 de octubre de 1862, art. 4, reproducida en el Código Argentino, pág. 243; Ley 48, 25 de agosto de 1862, art. 2 (2), reproducida en el Código Argentino, pág. 244.

Otros paralelos importantes radican en la naturaleza inexpandible de la jurisdicción federal,<sup>37</sup> el traslado desde un tribunal estatal a uno federal,<sup>38</sup> y las apelaciones de cuestiones federales resueltas por los tribunales provinciales superiores ante la Corte Suprema de Argentina.<sup>39</sup>

Otra distinción significativa entre los procedimientos chileno y argentino es que el primero hace que sean incompetentes como testigos todas aquellas personas (incluidas las partes) que tengan un interés directo o indirecto en el litigio,<sup>40</sup> mientras que el segundo se ha movido hacia la posición de los Estados Unidos, haciendo que el prejuicio o interés sean motivos de impugnación, pero no de exclusión.<sup>41</sup>

La última comparación importante entre los procedimientos de Chile y Argentina está en que el segundo tiene un sistema de apelación relativamente simple, en contraste con la duplicación y a veces hasta multiplicación del proceso de apelación chileno.<sup>42</sup> Argentina funciona con un solo procedimiento de apelación, el cual incluye cuestiones relativas a los hechos, cuestiones de derecho y la posibilidad de determinar hechos durante la apelación.<sup>43</sup>

#### D. Colombia

La comparación existente entre Chile y Colombia tiene que ver con la zambullida de esta última en 1970 hacia el activismo judicial. Ese año trajo enmiendas masivas al código colombiano de procedimiento civil, dirigidas a darle energía a los jueces para buscar la verdad en los litigios civiles, antes que arbitrar pasivamente las batallas entre las partes.<sup>44</sup>

Colombia se unió, entonces, a los países de tradición civil que tienen a Alemania como líder,<sup>45</sup> los cuales dirigen a los jueces a lograr la justicia a pesar de los deseos, habilidades o recursos de las partes, en contrario a una jurisdicción de *laissez faire* como la de Italia, donde predomina el control de los

<sup>37</sup> Comparar el Código Argentino, art. 1, con C. Wright, "Law of Federal Courts" 23 (4ª ed., 1983): Las partes no pueden extender la jurisdicción, a través del abandono, mediante un acuerdo o de otra manera".

<sup>38</sup> Comparar el Código Argentino, art. 354 (1), con 28 U.S.C. N° 1441 (1987).

<sup>39</sup> Comparar el Código Argentino, arts. 256-258, y Ley 48, 25 de agosto de 1862, art. 14, reproducido en id., pág. 247, con 28 U.S.C. N° 1257 (1982).

<sup>40</sup> Véase texto que acompaña notas 304-309, *infra*.

<sup>41</sup> Comparar Fed. R. Evid. 601 con el Código Argentino, art. 456. En Argentina se considera inhábiles para ser testigos a los parientes directos y cónyuge de las partes, sin perjuicio de que se les acepta para los efectos de acreditar la autenticidad de las firmas. Código Argentino, art. 247.

<sup>42</sup> Véase texto, *infra*, sección VI.

<sup>43</sup> Código Argentino, arts. 242-287. Véase también Código Peruano, arts. 1090-1121.

Argentina cuenta con un proceso especial, para el caso en que una sentencia viola la doctrina legal establecida. Véase el texto que acompaña notas 383-384, *infra*.

<sup>44</sup> Véase en general Devis Echandia, "El Moderno Proceso Civil y el Nuevo Código de Procedimiento Civil", en el Código Colombiano, comentarios. Las enmiendas están vigentes desde el 1º de enero de 1971. Código Colombiano, art. 699. Hay motivo para creer que las costumbres derrotarán a los esfuerzos con que se llevaron a cabo las reformas. Véase Vescovi, *supra* nota 8, págs. 213-15; Rossen, *supra* nota 21, págs. 488-89.

<sup>45</sup> Rheinstein, "Common Law and Civil Law: A Comparison", 12 Pa. B.A.Q. 7, 13-14 (1940).

litigantes.<sup>46</sup> Chile permanece en este campamento posterior, aun después de numerosas enmiendas al procedimiento en 1988, destinadas a combatir los retrasos y acumulaciones de casos civiles.<sup>47</sup>

Los deberes judiciales fueron definidos en Colombia para incluir las facultades de "dirigir litigios, asegurar su rápida resolución, adoptar los medios necesarios para evitar la paralización, maximizando la eficiencia del procedimiento, y asumiendo la responsabilidad por todos los retrasos".<sup>48</sup>

Adicionalmente, los jueces colombianos han de asegurar la igualdad procesal entre las partes, usando sus poderes directivos.<sup>49</sup> Mientras que la tendencia a la actividad judicial para perseguir las verdades objetivas está en crecimiento en los Estados Unidos<sup>50</sup> y Europa<sup>51</sup>, no recordamos haber visto en otro lugar un mandato comparable a los jueces, para intervenir activamente en nombre de las partes débilmente representadas.

Está más allá de nuestro enfoque detallar todos los elementos de la reforma colombiana, aunque amerita la debida atención de los procesalistas. Las modificaciones buscan llevar a cabo cuatro objetivos fundamentales: El primero es la supervisión judicial, para obtener la justicia sustantiva. Para llegar a este fin, numerosas facultades se han otorgado al juez del tribunal colombiano, incluyendo un gran alcance para citar e interrogar a los testigos<sup>52</sup> y obligar a las partes a declarar bajo juramento.<sup>53</sup>

El segundo objetivo es el reforzar el impulso judicial, lo cual se traduce en llevar adelante los casos, evitando las tardanzas innecesarias. El código colombiano impone sobre la judicatura la obligación de impulsar los casos, y aún más, hace a los jueces responsables de las tardanzas causadas por su negligencia.<sup>54</sup>

En tercer lugar está la meta de lograr la eficiencia del procedimiento, lo cual se manifiesta en que se han conferido numerosas nuevas facultades a los jueces, como la de considerar la rebeldía de las partes como un reconocimiento de los hechos u obligaciones<sup>55</sup> y la de rechazar la prueba de hechos redundantes e inmatrimoniales.<sup>56</sup>

<sup>46</sup> Por su parte, técnicamente, los jueces italianos tienen facultades amplias, para buscar la veracidad de los hechos. Véase Sereni, "Basic Features of Civil Procedure in Italy", 1 Am. J. Comp. L. 373, 382 (1952); no obstante, los jueces suelen permitir a las partes controlar el rumbo y la estrategia del litigio. M. Cappelletti, J. Merryman y J. Perillo, "The Italian Legal System", 144-47, 322 n. 22, 328 n. 29 (1967).

<sup>47</sup> Véase el texto que acompaña notas 596-599, *infra*.

<sup>48</sup> Código Colombiano, art. 37 (1).

<sup>49</sup> Código Colombiano, art. 37 (2).

<sup>50</sup> Véanse citas en la nota 61, *infra*.

<sup>51</sup> Véase, por ejemplo, Von Mehren, "Some Comparative Reflections on First Instance Civil Procedure: Recent Reforms in German Civil Procedure and in the Federal Rules", 63 Notre Dame L. Rev. 609 (1988).

<sup>52</sup> Código Colombiano, arts. 179, 224, 228 (4).

<sup>53</sup> Código Colombiano, arts. 202, 207 (2), 208 (2), (6).

<sup>54</sup> Código Colombiano, art. 2.

<sup>55</sup> Código Colombiano, art. 95.

<sup>56</sup> Código Colombiano, art. 178.

En cuarto lugar está la meta de promover la buena fe y la rectitud en el procedimiento. Para llevar esto a cabo, los jueces colombianos tienen el deber de "prevenir, remediar y sancionar (usando las medidas autorizadas por el código) cualquier acción que vaya en contra de la dignidad de la justicia y la rectitud del procedimiento, la honestidad y la buena fe, al igual que deben evitar los fraudes en el procedimiento".<sup>57</sup> Deberes paralelos son impuestos respecto de las partes y sus representantes en los litigios.<sup>58</sup>

Un nuevo artículo de gran relevancia del código sanciona la temeridad y la mala fe, considerando como tales los siguientes casos:

1. Cuando es manifiesta la ausencia de base legal para la demanda, excepción, apelación u oposición.
2. Cuando se alegan hechos que conocidamente son contrarios a la realidad.
3. Cuando los procesos, solicitudes o apelaciones son utilizados, claramente, para fines ilegales o fraudulentos.
4. Cuando se obstruye la prueba y ejecución de los hechos.
5. Cuando, a través de cualesquiera otros medios, una persona retrasa repetidamente el curso normal de los procedimientos.<sup>59</sup>

Este artículo del código nos recuerda, en gran medida, la reforma de la Regla Federal 11 en 1983, dirigida a promover la honestidad en la instrucción de casos federales en los Estados Unidos.<sup>60</sup>

Verdaderamente, los esfuerzos colombianos presagiaron de modo impresionante las reformas de procedimiento a nivel federal en los Estados Unidos en la década de los '80, dirigidas casi exclusivamente a mejorar la rapidez y eficiencia de los litigios.<sup>61</sup>

### E. Perú

Perú, la república que toca el punto más septentrional de Chile, tiene un código de procedimiento civil que, en expresión y sustancia, es virtualmente idéntico al chileno. Sin conocer la evolución histórica de estos códigos, podemos afirmar casi con seguridad que los autores de ambos códigos han compartido liberalmente su trabajo, según se desprende de los mismos textos.

El código peruano presenta una facción deleitante que no se encuentra en ninguna otra parte de Sudamérica: cada artículo del código está compuesto de una

<sup>57</sup> Código Colombiano, art. 37 (3). Las principales sanciones consisten en la imposición de las costas y de multas. Véase, por ejemplo, Código Colombiano, art. 71.

<sup>58</sup> Código Colombiano, art. 71.

<sup>59</sup> Código Colombiano, art. 74.

<sup>60</sup> "Federal Rules of Civil Procedure: 1989", págs. 341-45 (Foundation Press 1989).

<sup>61</sup> Véase *id.* págs. 341-45 (Fed. R. Civ. P. 11; buena fe en alegaciones y solicitudes); *id.* págs. 345-54 (Fed. R. Civ. P. 16; fortalecer las conversaciones entre las partes antes del juicio, y dar al juez el carácter de herramienta administrativa); *id.* págs. 354-58 (Fed. R. Civ. P. 26; buena fe en la etapa descubrimiento de pruebas y fortalecimiento del control judicial en ella); *id.* págs. 375-76 (Fed. R. Civ. P. 52; revisar hechos determinados por los jueces de instancia, basados en evidencia documental). Véase en general, in re San Juan Dupont Plaza Hotel Fire Litigation, 859 F. 2d 1007, 1010-12 (1<sup>er</sup> Cir. 1988); Resnik, "Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline", 53 U. Chi. L. Rev. 494, 526-39 (1986).

oración simple, usualmente corta. ¡Qué delicia es la sencillez de expresión! Nos recuerda la elegante brevedad de la expresión original de las Reglas Federales de Procedimiento Civil en los Estados Unidos, irrecuperablemente perdida después de cinco décadas de chapucería. El código peruano tiene incluso un apéndice de formularios, muy similar al apéndice de las Reglas Federales.<sup>62</sup>

Podría adivinarse que la semilla de esta idea germinó en uno de los programas de LL.M. de los Estados Unidos, aunque la idea suena chauvinista.

### III. BASES CONSTITUCIONALES DEL PODER JUDICIAL

Como es típico de las constituciones modernas de occidente,<sup>63</sup> la Constitución Política de la República de Chile de 1980<sup>64</sup> establece una separación de los poderes del Estado y sujeta cada rama a la fuerza superior de las normas constitucionales y de las leyes que de ella emanan. La Constitución chilena obliga a todas las entidades estatales a someterse a la ley<sup>65</sup> y especifica que ninguna persona o grupo de personas puede reclamar ninguna otra autoridad o derechos que los expresados por la Constitución y las leyes.<sup>66</sup>

El poder estatal puede ser ejercicio sólo por entidades previamente autorizadas por la ley, constituidas regularmente, y actuando dentro de su competencia.<sup>67</sup> Los actos oficiales que violen cualquiera de los preceptos antes mencionados, son nulos y pueden ser sancionados de acuerdo a la ley.

<sup>62</sup> "Manual de Demandas Civiles", en el Código Peruano, págs. 270-297.

<sup>63</sup> Constitución art. 46 (5) (Fr.) traducido en A. Blaustein y G. Flanz, eds., "Constitutions of the Countries of the World" (Junio 1988); Costituzione art. 1 (2) (Italia) en *id.* (Marzo 1987); Constitución art. 9 (1) (España) en *id.* (Octubre 1979); Grundgesetz art. 20 (3) (Alemania Occidental) en *id.* (Dic. 1985).

<sup>64</sup> Constitución Política de la República de Chile, Octubre 21, 1980, (Editorial Cumbres Ltda.). De aquí en adelante citada como "Constitución de Chile".

<sup>65</sup> Constitución de Chile, art. 6, párrafo 1.

<sup>66</sup> Constitución de Chile, art. 7, párrafo 2. Esto es consistente con el concepto de la tradición civil, de que todos los derechos tienen un origen legislativo. J. Merryman, "The Civil Law Tradition" 40-49 (1967). De aquí en adelante citado como "Merryman".

La norma citada en el texto se aplica incluso bajo circunstancias extraordinarias. El 11 de septiembre de 1973 un golpe de estado militar derrocó al gobierno electo de Salvador Allende y comenzó el largo régimen militar de Augusto Pinochet Ugarte. J. Whelan, "Allende: Death of a Marxist Dream" (1981). La Constitución de Chile de 1980 fue adoptada durante este último régimen y "constitucionalizó" el gobierno a través de 29 "artículos transitorios", contenidos al final del texto. Estas normas reconocían al General Pinochet como Presidente de la República por ocho años a contar de 1980 (véase artículo 14 transitorio) y fijaron en él y en la Junta de Gobierno todos los poderes legislativos y ejecutivos (artículos transitorios 14, 15, 18, 19).

Bajo estas normas transitorias (arts. 27-29 transitorios) tuvo lugar un plebiscito el 5 de octubre de 1988. El voto negativo al candidato propuesto por el gobierno, que era el mismo Pinochet, se tradujo en que, en marzo de 1990, el poder gubernamental pasó a una legislatura y un presidente electos. (artículo 29 transitorio). A partir de ese momento perdieron su vigencia las normas transitorias y el articulado definitivo de la Constitución de 1980 pasó a tener pleno efecto. *Id.*

<sup>67</sup> Constitución de Chile, art. 7, párrafo 1.

Los jueces, según veremos después, son los últimos guardianes de la ley, y por lo tanto, son personalmente responsables de una apropiada administración de justicia, de acuerdo al siguiente texto constitucional:

“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”.<sup>68</sup>

En tanto que la cláusula de Supremacía de la Constitución de los Estados Unidos<sup>69</sup> establece de modo similar el predominio del derecho, y encarga a los jueces la misma supervisión, las doctrinas de los Estados Unidos invierten el concepto chileno de responsabilidad judicial e inmunizan a los jueces de toda obligación personal.<sup>70</sup> Atendida la enorme acumulación de casos y atrasos en las Cortes de los Estados Unidos,<sup>71</sup> ¡muchos de nuestros jueces estarían encarcelados bajo la norma de “torcida administración de justicia” citada anteriormente!

El Capítulo VI de la Constitución chilena se refiere al “Poder Judicial”. Chile es un país unitario, no federado, y, por consiguiente, su Constitución, distinta a la de los Estados Unidos, fija la soberanía del pueblo en cada uno de los poderes del Estado.<sup>72</sup> Por consiguiente, en el Capítulo VI se encuentran las normas que rigen el Poder Judicial en todo el país.<sup>73</sup>

Como en el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos, la Constitución chilena pinta con brochadas anchas. El artículo 73 abre el Capítulo VI, otorgando al Poder Judicial la facultad de conocer de todas las causas civiles y penales, decidirlas, y ejecutar sus sentencias a este respecto, en los tribunales

<sup>68</sup> Constitución de Chile, art. 76, párrafo 1. Véase también Código Orgánico de Tribunales, arts. 324-331.

<sup>69</sup> Constitución de los Estados Unidos, art. VI, cl. 2.

<sup>70</sup> Véase, por ejemplo, *Randall v. Brigham*, 74 U.S. 523 (1869); *Bradley v. Fisher*, 80 U.S. 335 (1872); *Spalding v. Vilas*, 161 U.S. 483 (1896); *Alyua v. Johnson*, 231 U.S. 106 (1913); *Pierson v. Ray*, 386 U.S. 547 (1967); *Stump v. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978); *Forrester v. White*, 484 U.S. 219 (1988). Véase en general Rosenberg, “Whatever Happened to Absolute Judicial Immunity?”, 21 *Hous. L. Rev.* 875 (1984).

<sup>71</sup> T. Church, *et al.*, “Justice Delayed: The peace of Litigation in Urban Trial Courts” (1978); M. Selvin y P. Ebener, “Managing the Unmanageable: A History of Civil Delay in the Los Angeles Superior Court” (1984); B. Mahoney, L. Sipes y J. Ito, “Implementing Delay Reduction and Delay Prevention Programs in Urban Trial Courts” (1985); Chase, “Civil Litigation Delay in Italy and the United States”, 36 *Am. J. Comp. L.* 41, 42-43, 48-51 (1988).

<sup>72</sup> Constitución de Chile: en su art. 5 fija la soberanía en “la nación”. Su ejercicio se realiza por “el pueblo” a través plebiscitos y elecciones periódicas, y también por autoridades que la misma Constitución establece. Tal soberanía está limitada por el respeto a los “derechos esenciales” que emanan de la “naturaleza humana”.

Compárese con la Constitución de los Estados Unidos, enmienda 10ª (poder residual en el pueblo y los estados).

<sup>73</sup> Colombo Campbell, “Bases Constitucionales del Derecho Procesal”. 14 *Rev. Derecho Procesal* 5 (Chile, 1987).

establecidos por la ley. Adicionalmente, se prohíbe a las otras dos ramas del Estado intervenir con las facultades de este poder. Los redactores chilenos, al igual que los nuestros, presumieron un conocimiento común del significado de "casos", "tribunales", "sentencias" y otras palabras técnicas dispersas a través de éste capítulo.

El artículo 75 establece un proceso de nombramiento presidencial de los jueces, a propuesta de los tribunales, para la designación de los magistrados de tribunales de letras, y de los ministros de Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema. Pero de la misma manera en que el Artículo III de la Constitución de los Estados Unidos delega al Congreso los detalles de la estructura, organización y poderes de la judicatura,<sup>74</sup> el artículo 74 de la Constitución chilena entrega a una ley "orgánica constitucional" la facultad de regular "la organización y atribuciones de los tribunales que fuesen necesarios para la pronta y cumplida administración de la justicia, en todo el territorio de la República".<sup>75</sup>

Los jueces chilenos tienen garantizada su independencia de acción, a través de nombramientos vitalicios, en tanto dure su "buen comportamiento",<sup>76</sup> una frase recordatoria del artículo III de la Constitución de los Estados Unidos. Los chilenos, sin embargo, establecen líneas más claras entre los poderes del Estado. En las siguientes palabras, la Constitución chilena asegura la separación entre el Poder Judicial y los demás poderes:

"Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse a causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos".<sup>77</sup>

Adicionalmente, el Código Orgánico de Tribunales chileno prohíbe a los jueces "inmiscuirse en las atribuciones de otros poderes públicos", y ejercer funciones distintas de las de resolver casos civiles y penales.<sup>78</sup>

La doctrina de separación de poderes en los Estados Unidos no prohíbe a las agencias del Poder Ejecutivo establecer comisiones administrativas que "juzguen", en el sentido de aplicar, en forma o formato judicial, la ley sustantiva de la agencia a los reclamos de particulares.<sup>79</sup> Esta mezcla ejecutiva-adjudicativa probablemente violaría la prohibición chilena citada anteriormente. Chile resuelve el problema de un modo europeo:<sup>80</sup> se ordena la creación de un sistema de

<sup>74</sup> C. Wright, "Law of Federal Courts" N° 8 (4ª ed., 1983).

<sup>75</sup> La Constitución de Chile menciona varias leyes de carácter orgánico constitucional, las que deberán ser aprobadas por los diputados y senadores en ejercicio, con un quórum de cuatro séptimos de las dos cámaras. Constitución de Chile, art. 63.

<sup>76</sup> Constitución de Chile, art. 77, párrafo 1.

<sup>77</sup> Constitución de Chile, art. 73.

<sup>78</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 4.

<sup>79</sup> *FTC v. Ruberoid Co.*, 343 U.S. 470 (1952) (Jackson, J., disidente). Strauss, "The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch", 84 Colum. L. Rev. 573 (1984); Abrahams y Snowden, "Separation of Powers and Administrative Crimes: A Study of Irreconcilables", 1976 S. 111, U.L.J. 1.

<sup>80</sup> *Schlesinger V.*, *supra* nota 5, pág. 301; Merryman, *supra* nota 66, págs. 100-02; D. Clark y J. Merryman, "Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems" 306-10 (1978). De aquí en adelante citado como "Clark y Merryman".

tribunales administrativos separado, para conocer de los reclamos contra el Estado, los gobiernos municipales y los agentes de ambos.<sup>81</sup> Este cuerpo será supervisado por la Corte Suprema de Chile, al igual que los tribunales ordinarios.<sup>82</sup>

Una distinción adicional se encuentra en la norma anteriormente citada, que impide al Presidente de la República de Chile (o al Congreso) intervenir en casos pendientes. En el sistema de los Estados Unidos un miembro de la rama ejecutiva, el ministro de justicia (attorney general), participa regularmente en casos civiles, en defensa de los intereses gubernamentales.<sup>83</sup> En Chile, ¿quién ejecuta esta función?... la respuesta es típica de la ley civil:<sup>84</sup> un cuerpo de abogados públicos, conocidos como fiscales, que son miembros de la rama judicial, comparten los mismos honores y prerrogativas de los jueces<sup>85</sup> y quienes, entre otras asignaciones,<sup>86</sup> representan las perspectivas legales del gobierno, en casos que envuelven sus intereses.<sup>87</sup>

Los tribunales en Chile dependen de la fuerza de Carabineros<sup>88</sup> para la ejecución de sus sentencias y mandamientos.<sup>89</sup> Es un hecho conocido que la policía estatal ignoraba las órdenes judiciales durante la Presidencia de Salvador Allende.<sup>90</sup> La Constitución de 1980 no sólo autoriza a los jueces para que ordenen las actuaciones de la policía y vigilar que ésta cumpla lo ordenado, sino que también prohíbe a la policía recusar los fundamentos, justicia o legalidad de la orden judicial que debe ser ejecutada.<sup>91</sup>

También encontramos en la Constitución chilena la obligación de decidir todas las controversias que se promuevan dentro de su jurisdicción y de acuerdo al procedimiento apropiado,<sup>92</sup> una marca de la tradición de los Estados Unidos también.<sup>93</sup>

La Constitución chilena menciona que la "ausencia de ley" no puede justificar la inactividad judicial.<sup>94</sup> Esto es curioso, atendido el principio básico de la doctrina de la ley civil, en virtud del cual no existen vacíos legales.<sup>95</sup>

<sup>81</sup> Constitución de Chile, art. 38, párrafo 2. Cuando fue dictada, aún no se habían constituido los tribunales administrativos.

<sup>82</sup> Constitución de Chile, art. 71, párrafo 1.

<sup>83</sup> Véase, por ejemplo, 28 U.S.C. Nº 2403 (1987); Fed. R. Civ. p. 24 (c).

<sup>84</sup> Merryman, *supra* nota 66, págs. 111-113.

<sup>85</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 352.

<sup>86</sup> Código Orgánico de Tribunales, arts. 350-364.

<sup>87</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 350, párrafo 3.

<sup>88</sup> Constitución de Chile, capítulo X.

<sup>89</sup> Constitución de Chile, art. 73, párrafo 3.

<sup>90</sup> Velasco, "The Allende Regime in Chile: An Historical and Legal Analysis: Part II", 9 Loyola (L.A.) L. Rev. 711, 725 (1976).

<sup>91</sup> Constitución de Chile, art. 73, párrafos 3, 4.

<sup>92</sup> Constitución de Chile, art. 73, párrafo 2.

<sup>93</sup> *Canada Malting Co., Ltd. v. Paterson Steamship Ltd.*, 285 U.S. 413, 422-23 (1932); K.N. Llewellyn, "The Bramble Busch" 35 (1951). Comparar *Broderick v. Rosner*, 294 U.S. 629, 643 (1935) (excepción *forum non conveniens*); *Williams v. North Carolina*, 317 U.S. 287, 294 n. 5 (1942) (lo mismo). Véase en general C. Wright, "Law of Federal Courts", Nº 16, 42, 44 (4ª ed., 1983).

<sup>94</sup> Constitución de Chile, art. 73, párrafo 2.

<sup>95</sup> Merryman, *supra* nota 66, págs. 30-31. En la práctica, por supuesto, los legisladores reconocen que los vacíos y las ambigüedades son inevitables. Por ejemplo, los jueces colombianos

El Código de Procedimiento Civil chileno también admite que existen vacíos en la ley positiva, al autorizar a los jueces para aplicar "principios de equidad" para resolver las contiendas, cuando las leyes o los códigos no proveen una respuesta.<sup>96</sup> Esto no es un trampolín para la creación de un cuerpo de leyes fundadas en la equidad, como las creadas por las Cortes de la Cancillería de Inglaterra,<sup>97</sup> constituye sólo una invitación a los jueces, para aplicar las normas de imparcialidad y buena conciencia, cuando la ley positiva no tiene una respuesta clara para una controversia en particular.<sup>98</sup>

#### IV. LA FUNCION JUDICIAL

##### A. Parte General

La función de una sentencia, que es resolver disputas estableciendo los hechos del caso y aplicando la ley pertinente,<sup>99</sup> es puesta en las manos de los tribunales en la tradición civil, al igual que en la de los Estados Unidos.<sup>100</sup> Por lo tanto, no es extraño encontrar a los tribunales chilenos ejecutando la misma función pública que los tribunales de los Estados Unidos.

El artículo inicial del Código Orgánico de Tribunales chileno otorga a los tribunales el poder exclusivo para "conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado..."<sup>101</sup> Los jueces chilenos están obligados por el Código de Procedimiento Civil a dictar la sentencia según los méritos del caso.<sup>102</sup> A partir de la estructura del sistema adjudicativo<sup>103</sup> y de la forma de las sentencias chilenas,<sup>104</sup> nos damos cuenta que "juzgar" y "méritos" quieren decir lo mismo en Chile que en los Estados Unidos.

---

están autorizados para dictar sentencia "aunque no haya norma que tenga que ver con el asunto, o esas normas sean ambiguas o incompletas, y en esos casos deberán aplicar normas análogas; y en ausencia de éstas, doctrina constitucional, costumbres y reglas de derecho sustantivo y derecho procesal". Código Colombiano, art. 37 (8).

<sup>96</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 170 (5).

<sup>97</sup> *Klepinger v. Rhodes*, 140 F. 2d 697 (D.C. Cir. 1944): el poder equitativo de los tribunales existe conjuntamente con la autoridad legislativa. Véase en general T. Plucknett, "A Concise History of the Common Law" 673-707 (5ª ed., 1956).

<sup>98</sup> Mientras la tradición civil no reconoce los conceptos equitativos de tribunales y doctrinas separadas en el sentido angloamericano, los países de tradición civil tienen conceptos equivalentes a los poderes equitativos. Merryman, *supra* nota 66, págs. 54-55; Bernstein, "Whose Advantage After All? A Comment on the Comparison of Civil Justice Systems", 21 U.C.D.L. Rev. 587, 598 (1988).

<sup>99</sup> Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication", 92 Harv. L. Rev. 353 (1978).

<sup>100</sup> Karst, *supra* nota 33, pág. 65:

"Los sistemas legales formales de los países latinoamericanos son estructuras institucionales modernas y desarrolladas. Las disputas son resueltas de acuerdo a la jerarquía de los tribunales, basados en la letra e historia legislativa de las normas legales, las doctrinas de los eruditos, las opiniones de juristas distinguidos y las decisiones de los tribunales. Las determinaciones respecto de los derechos u obligaciones se basan en la aplicación de principios generales y universales, aplicación que se efectúa por profesionales entrenados en el sistema".

<sup>101</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 1.

<sup>102</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 160. Comparar con el Código Colombiano, art. 174: "Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente llegadas al proceso".

<sup>103</sup> Véase texto que acompaña notas 281-348, *infra*.

<sup>104</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 170.

Además encontramos un sistema de tribunales estructurado de manera similar al de los Estados Unidos: tribunales de primera instancia de un solo juez,<sup>105</sup> varias cortes de apelaciones intermedias compuestas por salas de jueces,<sup>106</sup> y una sola alta corte colegiada.<sup>107</sup>

Muchas otras características de un sistema judicial, conocidas por los abogados de Norteamérica, están presentes en el derecho y la práctica chilenas. Estas incluyen: abogados gratuitos y servicios de tribunales para indigentes,<sup>108</sup> notificación y oportunidad de ser escuchado antes de verse afectado por una resolución judicial,<sup>109</sup> evitar los atrasos mediante límites de tiempo "fatales", para completar las etapas del proceso,<sup>110</sup> mociones (motion practice),<sup>111</sup> obligación de prestar juramento respecto de actuaciones llevadas a cabo ante el juez<sup>112</sup> y

<sup>105</sup> Código Orgánico de Tribunales, arts. 42-48 (Jueces de Letras). En comparación, los litigantes venezolanos cuentan con la decisión de un tribunal constituido por una terna. Después de tomar las pruebas, se agregan dos jueces: uno escogido por cada parte, de una lista de tres, propuestos por la contraparte. Estos "jueces asociados" son abogados pagados por las partes, que presumiblemente han sido defensores de la causa de la parte que los presenta. Código Venezolano, arts. 118-124.

La tradición del sistema civilista se aplica en aquellos casos que serán decididos en primera instancia, por una terna de jueces. Véase, por ejemplo, Schlesinger, *supra* nota 2, pág. 284; Schopflocher, "Civil Procedure: A Comparative Study of Some Principal Features Under German and American Law", 1940 Wisc. L. Rev. 234, 237; G. Certoma, "The Italian Legal System" 206-07 (1985). La terna en los tribunales en Sudamérica puede ser un reflejo de falta de personal judicial, más que un desvío ideológico de la tradición del sistema civilista. Aparentemente, es un sistema universal a través del continente. Vescovi, *supra* nota 8, pág. 216.

<sup>106</sup> Código Orgánico de Tribunales, arts. 54-92.

<sup>107</sup> Código Orgánico de Tribunales, arts. 93-107.

<sup>108</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 129-137. Véase en general Vescovi, *supra* nota 8, págs. 243-45.

<sup>109</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 38-58, 65, 69, 80.

<sup>110</sup> En un esfuerzo por acelerar los procedimientos judiciales, se realizaron diversas enmiendas al Código de Procedimiento Civil, en 1988 (Ley N° 18.705, Diario Oficial, Mayo 24, 1988). El artículo 64 fue reformado, en el sentido siguiente:

"Los plazos de tiempo que señala este Código son fatales cualquiera sea la forma en que se exprese, salvo aquellos establecidos para la realización de actuaciones propias del tribunal. En consecuencia, la posibilidad de ejercer un derecho o la oportunidad para ejecutar el acto se extingue el vencimiento del plazo.

Las partes, en cualquier estado del juicio, podrán acordar la suspensión del procedimiento hasta por un plazo máximo de noventa días..."

El tribunal podrá prorrogar los períodos de tiempo que él mismo haya establecido, cuando se haya solicitado por alguna de las partes, con justa causa, antes del vencimiento del plazo. Código de Procedimiento Civil, art. 67.

<sup>111</sup> Las solicitudes presentadas por las partes y las cuestiones accesorias al procedimiento se denominan "incidentes". Código de Procedimiento Civil, arts. 82-91.

<sup>112</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 62: la forma del juramento es igual al de los Estados Unidos:

"¿Juráis por Dios decir verdad acerca de lo que se os va a preguntar?" "Sí, juro", "Juráis por Dios desempeñar fielmente el cargo que se os confía?" "Sí, juro".

No existe una afirmación secular en Chile. Comparar 1 U.S.C. N° 1 (1982) ("juramento" se refiere a la afirmación y "jurado" se refiere al afirmado); Fed. R. Civ. P. 43 (d) se permite la afirmación, en lugar de juramento.

compilación de todas las resoluciones, presentaciones de las partes, y toda otra documentación del caso, en un expediente ordenado.<sup>113</sup>

Una distinción fundamental radica en que los procedimientos ante los tribunales chilenos, como en cualquier otro lugar de América Latina, son "secretos" en todos los niveles, en el sentido de que el público no tiene el derecho de observar.<sup>114</sup> Cuando entramos a las salas de los tribunales, lo hicimos sólo previa invitación judicial y con el permiso de las partes.

### B. *Dispositivo versus inquisitivo*

Un punto común de comparación entre el common law y la ley civil es el punto hasta el cual cada sistema alienta a sus jueces para perseguir la verdad objetiva de los asuntos disputados.<sup>115</sup>

Una supuesta distinción se plantea de la siguiente manera: La preocupación del juez del common law tiende sólo a proveer a las partes de una oportunidad igualitaria para litigar.<sup>116</sup> Si ellas rechazan tal oportunidad, como en el caso en que están en rebeldía, puede dictarse sentencia en su contra, a pesar del probable resultado de la causa si se hubieran defendido.<sup>117</sup> Esta teoría parte de la base de que la falta de defensa es una admisión de la verdad del reclamo del demandante.<sup>118</sup>

En comparación, el demandante en la tradición civilista tiene la obligación de probar su caso: la rebeldía del demandado simplemente significa que el caso prosigue sin su participación.<sup>119</sup> La parte ausente puede participar posteriormen-

<sup>113</sup> El expediente se llama el "proceso". Código de Procedimiento Civil, arts. 29-37. Existen sistema arcaicos en los tribunales chilenos para archivar y reconstituir las presentaciones de las partes, que conforman el expediente.

<sup>114</sup> Vescovi, *supra* nota 8, pág. 213.

<sup>115</sup> Bernstein, "Whose Advantage After All? A Comment on the Comparison of Civil Justice Systems", 21 U.C.D.L. Rev. 587 (1988).

<sup>116</sup> Una cita famosa del Decano Roscoe Pound dice lo siguiente:

"En los Estados Unidos, enseñamos que un juez debe ser un simple árbitro, que debe resolver las controversias y servir de consultor de las reglas del juego; y que las partes deben jugar el juego a su manera, sin interferencia judicial. Nosotros rechazamos tal interferencia como justicia, incluso cuando ella es en interés de la justicia".

Fox, "Settlement: Helping the Lawyers to Fulfill Their Responsibility", 53 F.R.D. 129, 137 (1971). Esta posición no carece de oponentes. El Juez Frankfurter de la Corte Suprema de los Estados Unidos, escribió la siguiente cita:

"En un juicio por jurado en una corte federal, el juez no es un simple moderador, sino que es quien gobierna el juicio, con el propósito de asegurar que exista una conducta apropiada..." Herron v. Southern Pacific Co., 283 U.S. 91, 95 (1931). Véase también Evans v. Wright, 505 F. 2d 287, 289 (5º Cir. 1974): "Un... un juez de distrito de los Estados Unidos, no es un árbitro en una pelea por el campeonato".

<sup>117</sup> Fed. R. Civ. P. 55 (a): falta de "alegar o de otra manera defender".

<sup>118</sup> J. Friedenthal, M. Kane y A. Miller, "Civil Procedure" Nº 94, pág. 445 (1985). De aquí en adelante citado como "Civil Procedure". El sistema venezolano se asemeja al de los Estados Unidos, en cuanto a considerar la rebeldía como una admisión de culpa. Código Venezolano, art. 362.

<sup>119</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 78, 113; Bernaldes Pereira, "Mesa Redonda en Tulane", pág. 9, (Abril 1965) (Manuscrito sin autor en la publicación).

te, pero debe respetar el estado del juicio a ese momento.<sup>120</sup> Mientras que la ley civil parece ser más protectora de la "verdad" en este ejemplo, los abogados veteranos pueden sospechar que el procedimiento ex-parte raras veces terminará en una victoria de la parte en rebeldía.

Otro ejemplo proveído comúnmente, es el extenso poder otorgado al juez de ley civil, para "investigar" la verdad de los asuntos.<sup>121</sup> Por su lado, el juez del common law suspuestamente se reclina y juzga el caso presentado por el abogado de las partes, para bien o para mal. Y si el juez tratara de intervenir en el caso, sería recusado por intervención no autorizada, como en el caso del juez que ordenó al abogado del demandante utilizar los procedimientos de descubrimiento de prueba disponibles<sup>122</sup> o el que ordenó a las partes que usaran una técnica nueva de negociación, llamada en inglés summary jury trial.<sup>123</sup>

---

Véase también Chase, "Civil Litigation Delay in Italy and the United States", 36 Am. J. Comp. L. 41, 71 (1988) (En Italia, la rebeldía no constituye admisión de culpa).

En Argentina, el procedimiento avanza hasta la etapa de prueba, pero cualquier conflicto en el caso, se decide en contra de la parte rebelde. Código Argentino, art. 60. En Colombia, se permite que el juez considere la rebeldía a contestar la demanda, como una prueba en contra del demandado (Esto es una innovación de 1970). Código Colombiano, art. 95. Véase *id.*, pág. 50-11. El Profesor Vescovi generaliza el hecho de que en los países latinoamericanos sin códigos modernos "en toda evidencia se asume que el peso de la prueba recae sobre el demandante". Vescovi, *supra* nota 8, pág. 228.

<sup>120</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 21. En el mismo sentido, Código Argentino, art. 64.

<sup>121</sup> Rheinstein, "Common Law and Civil Law: A comparison", 12 Pa. B.A.Q. 7, 13 (1940) ("Un juez alemán es considerado como un funcionario gubernamental, cuya principal obligación es proteger los intereses de la comunidad"); Kaplan, "Civil Procedure - Reflections on the Comparison of Systems", 9 Buffalo L. Rev. 409, 410 (1960) ("Consideramos que el juez alemán dirige el procedimiento de manera ruidosa y dominante..."); Langbein, "Comparative Civil Procedure and the Style of Complex Contracts", 53 Am. J. Comp. L. 381, 388 (1987) ("En el procedimiento continental... el juez tiene la responsabilidad primordial de encontrar los hechos"); Hamburger, "Funcions of Orality in Austrian and American Civil Procedure", 20 Buff. L. Rev. 9, 26-27 (1970) (Austria).

Véase también Bernstein, "Whose Advantage After All? A Comment on the Comparison of Civil Justice Systems", 21 U.C.D.L. Rev. 587, 591 (1988) ("La imagen del juez alemán actuando como investigador en un caso civil, es una quimera"); Allen, Kock, Reichenberg y Rossen, "The German Advantage in Civil Procedure: A Plea for More Details and Fewer Generalities in Comparative Scholarship", 82 Nw. U.L. Rev. 705, 723-27 (1988).

<sup>122</sup> *Identiseal Corp. v. Positive Identification*, 560 F. 2d 298 (7<sup>o</sup> Cir. 1977): "Nuestra decisión también está basada en el principio tradicional de que son las partes y no la corte quienes deben determinar la estrategia de la litigación". *Id.* pág. 302. La opinión en "Identiseal" cita como fuente Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", 89 Harv. L. Rev. 1281, 1283 (1976). El Profesor Chayes nota, sin embargo, que el "modelo tradicional claramente no sirve para describir las formas de litigación más recientes, en las cortes del distrito federal". *Id.* págs. 1283-84 (nota omitida).

<sup>123</sup> *Strandell v. Jackson County*, 838 F. 2d 884 (7<sup>o</sup> Cir. 1988). Véase *McKay v. Ashland Oil Inc.*, 120 F.R.D. 43, 46, 49 (E. D. Ky. 1988); *Cincinnati Gas & Elec. Co. v. General Elec. Co.*, 117 F.R.D. 597, 599 (S.D. Ohio 1987). Véase en general Frankei, "The Search for Truth: An Impeal View", 123 U. Pa. L. Rev. 1031 (1975); Uviler, "The Advocate, the Truth, and Judicial Hackles: A Reaction to Judge Frankel's Ideas", 123 U. Pa. L. Rev. 1067 (1975).

Por otra parte, el juez de ley civil supuestamente interviene en forma activa en el proceso de descubrimiento de hechos, intentando llenar los vacíos de la prueba. El artículo 159 del Código de Procedimiento Civil chileno sería una buena muestra en este punto. Un juez chileno puede: "para mejor resolver la controversia", ordenar: 1) la agregación de cualquier documento que estimen necesario para esclarecer el derecho de los litigantes, 2) la confesión judicial de cualquiera de las partes sobre hechos que consideren de influencia en la cuestión y que no resulten probados,<sup>124</sup> 3) la inspección personal del objeto en cuestión,<sup>125</sup> 4) el informe de peritos,<sup>126</sup> 5) la comparencia de testigos, para que aclaren o expliquen sus dichos oscuros o contradictorios, y 6) la presentación de cualesquiera otros autos que tengan relación con el pleito. Esta sexta cláusula puede probablemente justificar el que los jueces requieran el testimonio de un testigo que aparece en el expediente, pero que no ha sido citado por ninguna de las partes. Si su estudio revela una necesidad de clarificar o establecer hechos nuevos y esenciales por cualquiera de las formas descritas, el artículo 159 del Código autoriza al juez para reabrir el término de prueba<sup>127</sup> hasta por ocho días.

Sin perjuicio de que el artículo 159 autoriza al juez chileno para intervenir en los procedimientos civiles, estamos informados de que estas facultades no son utilizadas frecuentemente.

Como en otros lugares, los jueces chilenos sobrecargados de trabajo y sin personal de asistencia no se pueden dar el lujo de supervisar personalmente el desarrollo detallado de los casos que llegan a sus salas.

También, y a pesar de existir facultades como la otorgada por el artículo 159, la fuerte tradición histórica en el continente sudamericano tiende a que los jueces entreguen el control de los casos a las partes y se abstengan de interferir en las decisiones de éstas respecto de los puntos controvertidos y la prueba.<sup>128</sup>

El profesor Vescovi indica que los jueces latinoamericanos sólo participan activamente en un caso, cuando el expediente completo les es entregado por sus actuarios; en consecuencia, los jueces nunca tienen el conocimiento necesario como para dirigir el desarrollo sustantivo de un caso.<sup>129</sup>

En comparación, es probable que los jueces del common law tengan tanto poder teórico como sus colegas sudamericanos. Por ejemplo, los jueces que no están de acuerdo con la determinación de los hechos por un jurado, pueden otorgar al perdedor un nuevo juicio.<sup>130</sup> Y hay precedente considerable apoyando una facultad para visitar inmuebles,<sup>131</sup> citar una y otra vez a los testi-

<sup>124</sup> Véase texto que acompaña notas 323-330, *infra*.

<sup>125</sup> Véase texto que acompaña notas 335-340, *infra*.

<sup>126</sup> Véase texto que acompaña notas 341-348, *infra*.

<sup>127</sup> Véase texto que acompaña notas 298-302, *infra*.

<sup>128</sup> Vescovi, *supra* nota 8, págs. 213-215; Rossen, *supra* nota 21, págs. 488-89.

<sup>129</sup> Vescovi, *supra* nota 8, pág. 215.

<sup>130</sup> Fed. R. Civ. P. 59. Véase en general *Tidewater Oil Co. v. Waller*, 302 F. 2d 638, 643 (10<sup>o</sup> Cir. 1962); *Aetna Cas. & Surety Co. v. Yeatts*, 122 F. 2d 350, 352-354 (4<sup>o</sup> Cir. 1943); *Riddell*, "New Trial at the Common Law", 26 *Yale L.J.* 49 (1916).

<sup>131</sup> *Bizich v. Sears, Roebuck Co.*, 391 Pa. 640, 139 A. 2d 663 (1958) (facultad discrecional del juez para mantener un punto de vista). Véase en general E. W. Cleary, ed., "McCormick's Handbook of the Law of Evidence". Nº 1267 (2<sup>a</sup> ed., 1972). De aquí en adelante citado como "McCormick"; 4 J. Wigmore, "Evidence in trials at Common Law" Nº 1162-1169 (Chadborn rev. 1972).

gos,<sup>132</sup> inspeccionar objetos,<sup>133</sup> reinterrogar testigos llamados por las partes,<sup>134</sup> y hasta nombrar peritos en la Cortes.<sup>135</sup>

#### V. JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

Esta sección del estudio viene a ilustrar algunas distinciones significativas entre los procedimientos de Chile y los Estados Unidos antes y durante el juicio; pero el lector no debe perder de vista la extraordinaria congruencia entre los dos sistemas,<sup>136</sup> considerando los golfos de distancia y la diferencia de tradición.

##### A. Competencia

Como en la jurisprudencia de los Estados Unidos,<sup>137</sup> el sistema chileno distingue entre la facultad otorgada constitucionalmente y la facultad particular conferida por la legislatura a una corte específica. Esta última se denomina "competencia", como en los Estados Unidos,<sup>138</sup> y se define como: "la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones".<sup>139</sup>

Incluso encontramos en el Código Orgánico de Tribunales chileno el concepto de jurisdicción auxiliar (*pendent o ancillary jurisdiction* en EE.UU.): el Artículo III permite pequeños reclamos que pueden ser sometidos como una contrademanda por el demandado, ante un tribunal ordinario, aunque si hubieran sido demandas principales, hubieran correspondido al conocimiento de tribunales de mínima cuantía.

Chile trata directamente y de un modo recomendable las demandas múltiples en un mismo caso: Una vez que el caso es entablado ante un tribunal competente, todos los otros tribunales pierden su competencia.<sup>140</sup> Como nosotros,<sup>141</sup> los chilenos permiten que el problema de competencia sea planteado por el demandado y decidido por el tribunal de inmediato.<sup>142</sup>

<sup>132</sup> McCormick, *supra* nota 131, en N° 216.

<sup>133</sup> Fed. R. Evid. 614 (a); *United States v. Ramos*, 291 F. Supp. 71 9 D.R.I. 1968, *aff'd*, 413 F. 2d 743 (1<sup>er</sup> Cir. 1969) (La corte tiene la facultad de llamar testigos, hacer valer pruebas y hacer comparecer testigos ante el jurado). Véase en general McCormick, *supra* nota 131, en N° 8.

<sup>134</sup> Fed. R. Evid. 614 (b); *United States v. Liddy*, 509 F. 2d 428 (D.C. Cir. 1974).

<sup>135</sup> Fed. R. Evid. 706.

<sup>136</sup> Comparar "Civil Procedure in Spain", *supra* nota 11, pág. 399:

"Cuando uno ve por primera vez el sistema español, puede quedar cegado por las diferencias con el sistema angloamericano y, de esta manera, pasar por alto las variadas e impresionantes similitudes que existen entre ambos".

<sup>137</sup> M. Rosenberg, H. Smit y H. Korn, "Elements of Civil Procedure", 207-08 (4<sup>a</sup> ed., 1985).

<sup>138</sup> *Id.*

<sup>139</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 108. En cuanto a los procedimientos utilizados para las cuestiones de competencia, véase Código de Procedimiento Civil, arts. 101-112, 303 (1).

<sup>140</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 112. Véase también Código Venezolano, art. 346 (1) (*litispendencia*); Código Argentino, arts. 347 (4), 354 (3) (lo mismo).

<sup>141</sup> Por ejemplo, Fed. R. Civ. P. 12 (b) (1).

<sup>142</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 303 (1).

Como en los Estados Unidos,<sup>143</sup> la competencia del tribunal se define a menudo en Chile por el valor del asunto en litigación<sup>144</sup>, y veremos que a veces el proceso judicial respectivo varía de acuerdo a dicho valor.<sup>145</sup> Como consecuencia, no es sorprendente encontrar en el Código Orgánico de Tribunales chileno un conjunto de complejas reglas para determinar el valor económico de una gran cantidad de asuntos que pueden plantearse ante los tribunales.<sup>146</sup>

En Chile no se hace una distinción funcional entre "jurisdicción sobre la materia en cuestión" y "competencia". En los Estados Unidos, competencia es la distribución geográfica de los asuntos entre los tribunales del mismo rango y en el mismo sistema judicial,<sup>147</sup> mientras que jurisdicción sobre el asunto en cuestión, es la capacidad de los tribunales definida en los términos del tipo y el valor del reclamo y también de las características de las partes.<sup>148</sup> En los Estados Unidos existen procesos y reglas separadas para probar la validez de cada uno.<sup>149</sup>

En contraste, Chile, mientras reconoce la distinción analítica entre los dos,<sup>150</sup> categoriza los dos bajo el concepto de "competencia" y los trata, parece ser, indistinguiblemente. Los factores de competencia territorial en Chile son bastante familiares para los abogados estadounidenses: domicilio del demandado,<sup>151</sup> la oficina principal de una compañía,<sup>152</sup> la ubicación de los bienes,<sup>153</sup> y el lugar de ejecución de un contrato,<sup>154</sup> son varias de las bases para determinar el distrito judicial apropiado para entablar una acción civil.

Una diferencia interesante entre los Estados Unidos y la práctica chilena es que el primero no permite a las partes fijar, por acuerdo o renuncia, la jurisdicción del asunto en cuestión, ante un tribunal al que no le corresponde el conocimiento según la ley,<sup>155</sup> mientras que el segundo explícitamente autoriza esta práctica.<sup>156</sup>

<sup>143</sup> Véase, por ejemplo, 28 U.S.C. Nº 1332 (1982), enmendada por Decreto de Nov. 19, 1988, Pub. L. Nº 100-702 Nº 201, 102 Stat. 4642, 4646 (50.000 dólares para acción de diversidad federal).

<sup>144</sup> Por ejemplo, Código Orgánico de Tribunales, arts. 14, 25 (1).

<sup>145</sup> Véase texto que acompaña notas 532-545, *infra*.

<sup>146</sup> Véase Código Orgánico de Tribunales, arts. 115-132.

<sup>147</sup> C. Wright, "Law of Federal Courts" Nº 42 (4ª ed., 1988).

<sup>148</sup> Véase en general, *id.* en Nº 7.

<sup>149</sup> Por ejemplo, en la práctica federal, la jurisdicción sobre la materia se prueba por una moción 12 (b) (1) de Fed. R. Civ. P. y puede ser planteada en cualquier momento. Fed. R. Civ. p. 12 (h) (3). Las impugnaciones sobre la competencia geográfica usan la Fed. R. Civ. P. 12 (b) (3), y son renunciables fácilmente. Fed. R. Civ. P. 12 (g), (h).

<sup>150</sup> Código Orgánico de Tribunales, tit. VII, Nº 4 (título).

<sup>151</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 134. Asimismo: Código Argentino, art. 5 (3), (4).

<sup>152</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 142.

<sup>153</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 135 (3). Asimismo: Código Argentino, art. 5 (1).

<sup>154</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 138. En el mismo sentido: Código Argentino, art. 5 (3).

<sup>155</sup> Por ejemplo, Fed. R. Civ. P. 12 (h) (3): "Siempre que aparezca como sugerencia de las partes o de otra manera, el que la corte carece de jurisdicción sobre la materia, el tribunal deberá declarar sin lugar la acción".

Mansfield, Coldwater & Lake Michigan Ry. Co. v. Swann, 111 U.S. 379, 382-86 (1954); Finley v. United States 57 U.S.L.W. 4557, 4560 (U.S. Abril 23, 1989) (Juez Stevens disidente); Insurance Corp. v. Compagnie des Bauxites, 456 U.S. 694, 702 (1982).

<sup>156</sup> Código Orgánico de Tribunales, arts. 181-187. En el mismo sentido: Código Argentino, art. 2. En severo contraste, Colombia prohíbe prorrogar la jurisdicción sobre la materia o competencia territorial (Código Colombiano, art. 13) e instruye a los jueces para que rechacen de oficio la demanda, cuando carezcan de jurisdicción o de competencia. Código Colombiano, art. 85.

En Chile las partes pueden, expresa o tácitamente, "prorrogar" la competencia de un tribunal, respecto tanto de la competencia propiamente tal como respecto de la jurisdicción sobre la materia. Una prórroga tácita ocurre cuando el demandante presenta su demanda ante un tribunal "incompetente" y el demandado no plantea objeción alguna. El límite principal en esta práctica es que el tribunal ante el cual se planteó la demanda debe poseer una jurisdicción "análoga"; de este modo, un caso civil no puede ser presentado ante un tribunal militar y viceversa.<sup>157</sup> Presumiblemente, el mismo tribunal haría desear su sponte las acciones que violan esta limitación.

En Chile, al igual que en Italia<sup>158</sup> y España,<sup>159</sup> se permite combinar acciones penales y civiles, cuando un acto criminal produce daños que permitan accionar respecto de una tercera parte.<sup>160</sup> En los sistemas de ley civil, la ausencia de jurados en los casos penales y de una sobrecarga de prueba hacen posible esta eficiencia.

La acción penal es iniciada ante un tribunal criminal, la parte afectada puede añadir una demanda civil, y los dos casos son entonces resueltos conjuntamente. Por "juicio" nos referimos al estilo civil, que consiste principalmente en la acumulación de declaraciones de testigos juramentados, sobre las cuales se basan los hechos determinados por los jueces. Los hechos usados para inculpar al acusado pueden utilizarse en la acción civil, además de algunos hechos o pruebas adicionales necesarias para la información pertinente sólo al caso civil, como la cuantía de los daños. También, en las causas que son vistas separadamente, cualquier sentencia contra el acusado puede hacerse valer con efecto de cosa juzgada (*res iudicata*) en el caso civil. Si el acusado gana el caso penal, algunas veces el demandante civil también puede sufrir los efectos de las *res iudicata*. El Código cataloga tales casos de acuerdo a tres posibilidades: 1) no existencia del delito o cuasidelito que ha sido materia del proceso, 2) no existir relación alguna entre el hecho que se persigue y la persona acusada, y 3) no existir en el proceso indicio alguno en contra del acusado, y en esos casos sólo podrá alegarse cosa juzgada respecto de las personas que hayan intervenido en el proceso penal como partes directas o coadyuvantes.<sup>161</sup>

El efecto de cosa juzgada significa que ninguna alegación en contrario o prueba se admitirá en el caso civil,<sup>162</sup> lo cual es semejante al *collateral estoppel* de nuestro país.<sup>163</sup>

## B. Alegaciones

Un abogado estadounidense estaría sorprendido al ver las similitudes en las alegaciones usadas para comenzar y construir controversias, en ambos sistemas legales. Como hace su contraparte en los Estados Unidos,<sup>164</sup> un abogado chileno

<sup>157</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 183.

<sup>158</sup> G. Certoma, "The Italian Legal System", 265-66 (1985).

<sup>159</sup> "Civil Procedure in Spain", *supra* nota 11, pág. 401.

<sup>160</sup> Código Orgánico de Tribunales, arts. 171-174.

<sup>161</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 179.

<sup>162</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 180.

<sup>163</sup> Véase en general J. Glannon, "Civil Procedure", Cap. 20 (1982).

<sup>164</sup> Por ejemplo, Fed. R. Civ. P. 3; Pa. R.C.P. 1007.

comienza un pleito radicando la demanda en el tribunal y emplazándola<sup>165</sup> al demandado.<sup>166</sup> Además de proveer información acerca de las partes y sus representantes, la demanda debe contener "la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya".<sup>167</sup> La sección que concluye la demanda debe especificar la compensación esperada, en términos precisos y claros.<sup>168</sup> Los adjetivos "precisos" y "claros" sugieren los mismos problemas de la verbosidad y oscuridad de los abogados que impulsaron a nuestros redactores a llenar la Regla Federal 8 (EE.UU.) con exhortaciones semejantes.<sup>169</sup>

Como algo común para la práctica de los Estados Unidos,<sup>170</sup> el abogado chileno añade prueba documental a su demanda.<sup>171</sup> A diferencia de nuestras doctrinas que requieren la autenticación de los documentos,<sup>172</sup> en Chile tales documentos están considerados como prueba auténtica, a menos que la parte contraria inicie un proceso de impugnación dentro de un cierto plazo desde que el documento ha sido acompañado.<sup>173</sup> En esto la práctica chilena se asemeja a los atajos que están siendo aceptados en los procedimientos de litigios menores en los Estados Unidos, como cuando los informes de peritos y las facturas del demandante son aceptadas sin más pruebas de verosimilitud.<sup>174</sup>

La contestación de la demanda se presenta dentro de 15 días de haber sido notificada ésta, con tiempo adicional para las personas que tienen domicilios distantes del asiento del tribunal.<sup>175</sup> La contestación debe contener las "excepciones" del demandado, con una explicación clara que fundamente lo que declara, así como la ley que lo favorece<sup>176</sup> y los documentos en que se basa.

No se hace ningún esfuerzo para distinguir entre defensas negativas (negación de los hechos alegados) y afirmativas (hechos exculpatarios).<sup>177</sup> Al igual que

<sup>165</sup> Las notificaciones a las partes se asemejan a las que se practican en los estados (EE.UU.). Código de Procedimiento Civil, arts. 38-58. Véase en general Vescovi, *supra* nota 8, págs. 224-25.

<sup>166</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 40, 253.

<sup>167</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 254. Comparar Fed. R. Civ. P. 8 (a) (2): "una breve y clara afirmación de los fundamentos que demuestran que el actor tiene derecho a ser compensado". Las reglas de las demandas en Chile son más parecidas a las de los Estados Unidos que a las de Europa, las cuales requieren afirmaciones detalladas sobre los hechos, el derecho, las pruebas y los testigos. Jacoby, "The Use of Comparative Law in Teaching American Civil Procedure", 25 Clev. St. L. Rev. 423, 423-27 (1976); Langbein, "The German Advantage in Civil Procedure", 52 U. Chi L. Rev. 823, 827 (1985). M. Cappelletti y J.M. Perillo, "Civil Procedure in Italy" 155, 169 (1965). En contraste, en Colombia la demanda sigue el modelo continental. Código Colombiano, arts. 75-79, 92.

<sup>168</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 254 (5). Comparar Fed. R. Civ. P. 8 (a) (3): "una petición de la sentencia que el actor busca como reparación".

<sup>169</sup> Fed. R. Civ. P. 8 (a) ("breve y clara"), 8 (b) (lo mismo), 8 (c) ("simple, conciso y directo").

<sup>170</sup> T. Mauet, "Fundamentals of Pretrial Techniques" 111-14 (1988).

<sup>171</sup> Esto es una costumbre, más que un requisito del Código.

<sup>172</sup> Fed. R. Evid. 901 (a); J. Moore, A. Vestal y P. Kurland "Moore's Manual, Federal Practice and Procedures" N° 4.09 (1984).

<sup>173</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 255.

<sup>174</sup> Por ejemplo, Philadelphia Civ. R. 180, N° III (B) (2), en Philadelphia B. Ass'n, "Compulsory Arbitration Seminar" (Mayo 22, 1987).

<sup>175</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 258, 259.

<sup>176</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 309 (3).

<sup>177</sup> Compare Fed. R. Civ. P. 8 (b), (c). La respuesta en Argentina es similar a la práctica en los Estados Unidos, en cuanto a reconocer o negar cada uno de los hechos expuestos en la demanda y la autenticidad de los documentos que la acompañan. Código Argentino, art. 356.

en los Estados Unidos,<sup>178</sup> los chilenos incluyen contrademandas en su contestación. La cantidad solicitada en la contrademanda no puede exceder la competencia del tribunal,<sup>179</sup> teniendo presente que las partes pueden renunciar libremente este defecto jurisdiccional.<sup>180</sup>

Se considera que se renuncian las excepciones que no están contenidas en la alegación, a excepción de las de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago.<sup>181</sup> Estas excepciones pueden hacerse valer en cualquier estado del procedimiento antes de la citación para oír sentencia a nivel de juicio, o antes de la vista de la causa en segunda instancia.

Por favor pongan atención en cuanto a que respecto de la jurisdicción sobre la materia, es una excepción que no puede alegarse si no se presenta oportunamente, lo cual confirma nuestra impresión de que la competencia judicial tiene menos importancia en Chile que en los Estados Unidos.<sup>182</sup>

Como en el common law antiguo,<sup>183</sup> en Chile se permiten alegaciones adicionales: una réplica para el demandante y una dúplica para el demandado.<sup>184</sup> En éstas, las partes podrían desarrollar y modificar sus reclamos y defensas, pero sin cambiar los objetivos principales de la acción entablada inicialmente.<sup>185</sup>

No se permiten libremente las enmiendas,<sup>186</sup> quizás por cuanto existe una segunda etapa de alegaciones. El demandante tiene derecho a enmendar o adicionar su demanda antes de la contestación y la demanda enmendada se trata como una nueva demanda, para efectos de su emplazamiento y contestación.<sup>187</sup>

También, como se ha señalado anteriormente, las partes pueden ampliar, explicar y modificar sus causas y defensas en dos alegaciones subsiguientes, réplica del demandante y dúplica del demandado.<sup>188</sup>

Similar a la "sentencia basada en las alegaciones",<sup>189</sup> si las alegaciones no revelan ninguna controversia de hechos materiales, el tribunal puede citar a las partes para oír sentencia definitiva.<sup>190</sup> Esta decisión puede ser tomada por el tribunal con o sin una petición de parte.

<sup>178</sup> Fed. R. Civ. P. 13.

<sup>179</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 315. Distinto al caso chileno, la reconvencción en Argentina será admisible, si las pretensiones se derivan de la misma "relación jurídica" establecida o son conexas con las invocadas en la demanda principal. Código Argentino, art. 357.

<sup>180</sup> Véase texto que acompaña notas 156-157, *supra*.

<sup>181</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 310.

<sup>182</sup> Véase texto que acompaña notas 155-157, *supra*.

<sup>183</sup> T. Plunknett, "A Concise History of the Common Law" 399-418 (5ª ed., 1956).

<sup>184</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 312.

<sup>185</sup> *Id.*

<sup>186</sup> Comparar Fed. R. Civ. P. 15 (a): "el permiso deberá ser dado generosamente, cuando la justicia lo requiera"; Código Colombiano, art. 89: (una reforma de derecho justo, antes de la notificación de la resolución que ordena rendir pruebas). Véase en general *Harlee v. Hagen*, 538 F. Supp. 389 (E.D.N.Y. 1982); *Hagee v. City of Evanston*, 95 F.R.D. 344 (N.D. 111. 1982); *Grand Sheet Metal Products v. Aetna Casualty & Surety*, 500 F. Supp. 904 (D. Conn. 1980).

<sup>187</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 261.

<sup>188</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 312.

<sup>189</sup> Fed. R. Civ. P. 12 (c).

<sup>190</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 313.

### C. Procesos cautelares

El procedimiento de los tribunales estatales (EE.UU.) para secuestrar la propiedad del demandado, con el propósito de asegurar la sentencia potencial a favor del demandante, ha sufrido modificaciones dramáticas durante las recientes décadas. Estas revisiones han sido consecuencia de la jurisprudencia de "debido proceso" de la Corte Suprema de los Estados Unidos.<sup>191</sup>

Comenzando con la premisa que dice que hasta un embargo temporario de la propiedad del demandado es una "privación" sujeta al "debido proceso" de la Enmienda 14 (EE.UU.),<sup>192</sup> la Corte ha elaborado una serie de protecciones para los demandados, dirigidas a balancear los derechos propietarios, contra la necesidad del demandante de congelar los bienes del demandado rápidamente, para garantizar una sentencia productiva. Aunque un embargo sin audiencia previa se permite constitucionalmente, cuando el demandante puede demostrar un peligro claro e inmediato a su interés,<sup>193</sup> los intereses del demandado también deben ser protegidos con fianzas adecuadas, declaraciones juradas acreditando los hechos alegados por el demandante de acuerdo a los méritos del caso, con la emisión de una resolución judicial después de un estudio de la petición por el mismo juez, y una audiencia para el demandado en un lapso de tiempo razonable después del embargo.<sup>194</sup>

Si hubiese una audiencia antes de que el asunto fuera decidido, el demandado naturalmente debiera recibir las oportunidades de ofrecer una seguridad adecuada, demostrar que puede cumplir la sentencia, indicar preliminarmente el poco mérito del reclamo del demandante y comprobar otros hechos que inclinaran la balanza en su favor.<sup>195</sup>

Es fascinante observar que Chile, en general, ha llegado al mismo punto doctrinal, pero sin estar obligado por sentencias precedentes de rango constitucional. El código chileno,<sup>196</sup> es muy similar a un estatuto moderno estatal (EE.UU.) que autoriza el embargo de bienes.<sup>197</sup> Esto ejemplifica la idea que los conceptos de justicia procesal en el mundo occidental abarcan golfos anchos de distancia y cultura.

Las medidas disponibles para un demandante chileno hacen eco a las que se encuentran en los Estados Unidos: embargo de bienes muebles e inmuebles, prohibición de transferencia de propiedades específicas y registro de tales órdenes en el Registro de títulos de propiedad, nombramiento de síndicos provisionales y embargo de la propiedad envuelta en una acción judicial.<sup>198</sup>

<sup>191</sup> J. Nowak, R. Rotunda y J. N. Young, "Handbook on Constitutional Law" 546-62 (2ª ed., 1988); L. Tribe, "American Constitutional Law" 718-31, 1637-38 (2ª ed., 1988).

<sup>192</sup> *Sniadach v. Family Finance Corp.*, 395 U.S. 337 (1969).

<sup>193</sup> *North Georgia Finishing Inc. v. Di Chem Inc.*, 419 U.S. 601, 606-07 (1975).

<sup>194</sup> Véase *id.* pág. 607.

<sup>195</sup> Cal. Civ. Pro. Code N° 484.060 (2) (Deering Supp. 1989); N.Y. Civ. Prac. L. & R. N° 6223 (a) (McKinney 1980); 42 Pa. Const. Stat. Ann. N° 1291 (a) (Purdon 1987).

<sup>196</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 290-302.

<sup>197</sup> Por ejemplo, Cal. Civ. Pro. Code N° 481.010 to 493.060 (Deering Supp. 1989); N.Y. Civ. Prac. L. & R. N° 6201-6226 (McKinney 1980); 42 Pa. Const. Stat. Ann. N° 1285-1292 (Purdon 1987).

<sup>198</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 290-297.

El propósito de tales medidas es el de “asegurar el resultado de la acción”<sup>199</sup> y, por consiguiente, las resoluciones judiciales alcanzan sólo la cantidad de propiedad del demandado necesaria para llevarlas a cabo.<sup>200</sup> El demandante puede solicitar estas medidas en cualquier etapa del proceso.<sup>201</sup>

Las protecciones disponibles para el demandado abundan. Las resoluciones son dictadas solamente por los jueces<sup>202</sup> y por el tiempo necesario para asegurar el interés del demandante.<sup>203</sup> El demandado puede liberar el embargo, por medio de acreditar la ausencia de peligro para los intereses del demandante o por medio de otorgar cauciones suficientes.<sup>204</sup>

El demandante debe “acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.”<sup>205</sup> La medida se puede conceder por un término que no exceda de diez días, mientras se presentan dichos comprobantes, pero únicamente en “casos graves” y sólo después de que el demandante preste fianza satisfactoria para remediar los daños potenciales causados por el embargo.<sup>206</sup>

Finalmente, estas medidas pueden ser otorgadas ex-parte por cinco días, si el demandante demuestra “razones graves” para dictar la resolución sin notificación, ni audiencia del demandado.<sup>207</sup>

Un abogado chileno podría obtener la dictación de este tipo de medidas antes de presentar una demanda, pero como se trata de medidas cuyos efectos proceden después de haberse dictado la sentencia, se intenta limitar el abuso de este proceso con normas rigurosas y supervisión judicial. El posible demandante debe demostrarle al tribunal “motivos graves y calificados”, que justifiquen la dictación de la medida antes de la presentación de la demanda, debe especificar el valor de los bienes sobre los cuales recaen las medidas precautorias, y debe rendir fianzas u otra garantía suficiente, para responder por los perjuicios que se originen y las multas que se impongan.<sup>208</sup> Es necesario que la demanda sea entablada dentro del término de diez días, el cual puede ampliarse hasta treinta días por motivos fundados, y debe pedir que se mantengan las medidas decretadas.<sup>209</sup>

Las diligencias expresadas anteriormente pueden decretarse ex-parte.<sup>210</sup> El hecho de que los jueces chilenos escuchen la argumentación de una sola parte sugiere la posibilidad de abuso. Una vez que la acción judicial sea entablada, y el demandante solicite la continuación de la medida de seguridad, el demandado podrá alegar que las aserciones ex-parte del demandante eran fraudulentas y que requiere de un resarcimiento.

<sup>199</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 290.

<sup>200</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 298.

<sup>201</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 290.

<sup>202</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 91, 302.

<sup>203</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 301.

<sup>204</sup> Id.

<sup>205</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 298.

<sup>206</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 299.

<sup>207</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 302.

<sup>208</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 279.

<sup>209</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 280.

<sup>210</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 289.

#### D. *Acumulación de causas*

En algunos artículos simples del Código de Procedimiento Civil chileno, uno encuentra la doctrina respecto de la acumulación de acciones y litigantes, y también de terceros.<sup>211</sup> Las normas chilenas tienden a ser menos complejas que las Reglas Federales (EE.UU.).

Los jueces pueden conocer conjuntamente de causas separadas que no sean "incompatibles".<sup>212</sup> Los demandantes pueden unir en la demanda todos los cargos que tengan en contra del demandado aunque no tengan relación entre sí,<sup>213</sup> igual que en la práctica de los Estados Unidos.<sup>214</sup>

La unión de litigantes como codemandantes o codemandados está permitida, siempre y cuando estén presentando o defendiéndose de la misma demanda respectivamente, o se refieran a demandas diferentes que tratan de un hecho común.<sup>215</sup> Si en la misma demanda los colitigantes hacen demandas o defensas idénticas, deberán estar representados colectivamente;<sup>216</sup> por otro lado, pudieran estar representados separadamente en todas las demandas y defensas que sean diferentes en hecho o derecho, siempre que tal separación acontezca durante el proceso.<sup>217</sup>

No encontramos ningún artículo en el código chileno que se parezca a la regla norteamericana de "parte necesaria",<sup>218</sup> con una sola excepción. Si la causa de una acción puede hacerse valer por más de una persona, el demandado puede requerir que cualquier demandante que no aparezca en la causa sea notificado de la existencia de la demanda.<sup>219</sup> Una vez notificados, los demandantes ausentes pueden unirse al litigio. Los que explícitamente declinan unirse y los que no se manifiestan al respecto, están atados a lo que disponga la sentencia. Los que no se han pronunciado pueden comparecer después, aceptando la causa en el estado en que se encuentre. Curiosamente, no existe ninguna mención en el código en relación a los demandados cuya ubicación no es posible, tratándose de deudas u obligaciones conjuntas.<sup>220</sup>

<sup>211</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 17-24.

<sup>212</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 17 (1). Comparar Fed. R. Civ. P. 42 (a) ("Cuestión común de hecho o derecho").

<sup>213</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 17 (2). Comparar Código Colombiano, art. 82 (2) (los reclamos no deberán ser excluyentes mutuamente).

<sup>214</sup> Por ejemplo, Fed. R. Civ. P. 18.

<sup>215</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 18. Comparar Fed. R. Civ. P. 20: "las acciones contra la otra parte, surgen de la misma transacción, ocurrencia, o serie de transacciones u ocurrencias; asimismo, la determinación de la existencia de cualquier cuestión de hecho o derecho, afectará a todas estas personas".

<sup>216</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 19.

<sup>217</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 20.

<sup>218</sup> Véase, por ejemplo, Fed. R. Civ. P. 19. Comparar Código Argentino, art. 89: "Cuando la aplicación de una sentencia afectara a diversas personas, todas ellas deberán demandar o ser demandadas en un mismo proceso."

<sup>219</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 21.

<sup>220</sup> Comparar Código Colombiano, art. 83: "Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos, respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal no fuere posible resolver el fondo del asunto, sin la comparecencia de las personas que son sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas".

Las reglas de intervención chilena son sencillas, diferentes a las costras de complejidad de las reglas de intervención federales (EE.UU.).<sup>221</sup> Cualquiera que asevera un derecho incompatible con el derecho reclamado por otra parte respecto de la cosa litigada, puede intervenir en un juicio en Chile.<sup>222</sup> El que interviene puede presentar por separado alegatos, pruebas y apelaciones,<sup>223</sup> pero no es posible desprender claramente de estas normas si el que interviene puede hacer que el procedimiento vuelva a etapas que ya han pasado. Aparentemente, si interviene una vez que se ha cerrado la etapa de alegaciones o se han rendido las pruebas, sólo podría litigar desde este punto en adelante. Suponemos que a ello se refieren estas normas, cuando obligan a quien interviene a aceptar todo lo que ha ocurrido en el proceso,<sup>224</sup> ordenando al tribunal continuar con éste<sup>225</sup> y prohibiendo a quien interviene retrasar el curso regular de la litigación.<sup>226</sup>

Chile cuenta con la curiosa institución del "coadyuvante", respecto de quienes demandan algún "interés actual", que es un "derecho y no una mera expectativa", y que, además, no es incompatible con, o independiente de los derechos perseguidos por las partes que actualmente están litigando.<sup>227</sup> Mientras que estos coadyuvantes no son partes directamente envueltas en la litigación, están atados a la sentencia en los mismos términos que las partes principales,<sup>228</sup> y si no están conformes con los esfuerzos de dichas partes, pueden litigar en forma separada, total o parcialmente.<sup>229</sup>

No es posible encontrar una regla de litigio por clase (class action) en el Código de Procedimiento Civil chileno,<sup>230</sup> ni tampoco existe tal institución en una legislación especial. Sólo se encuentra una referencia indirecta a las reglas de unión de las partes a acciones que se entablan por o contra muchos otros, en los casos autorizados por la ley.<sup>231</sup> En discusiones con abogados chilenos no encontramos ninguna norma legal semejante a la class actions. En comparación, Brasil, en 1985, promulgó una ley que permite que intereses ambientales, culturales y del consumidor sean protegidos en base a la clase.<sup>232</sup>

<sup>221</sup> Véase en general C. Wright, "Law of Federal Courts" N° 75 (4ª ed., 1983); J. Friedenthal, M. Kane y A. Miller, "Civil Procedure" N° 6.10, págs. 366-78 (1985).

<sup>222</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 22.

<sup>223</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 16, 22.

<sup>224</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 22.

<sup>225</sup> Id.

<sup>226</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 16.

<sup>227</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 23.

<sup>228</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 24.

<sup>229</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 16, 23.

<sup>230</sup> Ni en los códigos de procedimiento civil de Europa, ni en los de Latinoamérica. Vescovi, *supra* nota 8, pág. 227 (Latinoamérica); Kerameus, "A Civilian Lawyer Looks at Common Law Procedure", 47 La. L. Rev. 493, 504-05 (1987) (Europa); Cohn, "Parties", en M. Cappelletti, ed., "International Encyclopedia of comparative Law: Civil Procedure", vol. XVI, cap. 5, N° 5-165, págs. 47-48 (1976) (Europa).

<sup>231</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 18.

<sup>232</sup> Rossen, *supra* nota 21, pág. 522.

### E. Incidentes preliminares

Chile tiene un proceso de desistimiento voluntario similar a la Regla Federal 41 (EE.UU.). El demandante tiene el derecho de retirar su demanda antes de su notificación al demandado;<sup>233</sup> en la práctica federal de los Estados Unidos tal derecho puede hacerse valer tanto antes de que se conteste la demanda por el demandado, como antes de una moción para la sentencia sumaria (summary judgement).<sup>234</sup>

La práctica de ambos países diverge en gran parte, en los casos en que el demandante solicita el retiro de la demanda al tribunal. En ambos lugares el juez puede imponer condiciones al demandante, como el pago de los costos en que haya incurrido el demandado hasta la fecha.<sup>235</sup> Pero en Chile el acto de desistimiento tiene el valor de cosa juzgada,<sup>236</sup> mientras que en los Estados Unidos sólo una segunda desestimación voluntaria tiene tal efecto.<sup>237</sup>

Una gran distinción entre los dos sistemas radica en el hecho de la ausencia en Chile, como en otros países de ley civil,<sup>238</sup> de un mecanismo que permita determinar a priori, la aptitud legal de un reclamo o defensa. En Chile no es posible decir: "Solicito se declare sin lugar la demanda, por estar mal fundamentada en derecho",<sup>239</sup> o "Pido que se elimine la defensa, por ser legalmente inválida",<sup>240</sup> mociones que facilitan el hacer valer la nulidad de las teorías legales y ahorran el tiempo y los esfuerzos de interponer una acción o defensa inútil.

Los abogados en Chile y en Italia, aparentemente, no se muestran molestos por esto. En ambos lugares el perdedor puede ser condenado a pagar los costos de la otra parte, incluyendo los honorarios del abogado,<sup>241</sup> lo que naturalmente disuade de defensas y reclamos frívolos.

Adicionalmente, la ausencia de descubrimiento de pruebas (discovery) en países de ley civil,<sup>242</sup> disminuye el "valor de estorbo" de demandas sin fundamento.

La sentencia sumaria (summary judgement) también es conocida en Chile.<sup>243</sup> Veremos que allí el juicio es en gran parte un proceso de papeles en el cual

<sup>233</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 148.

<sup>234</sup> Fed. R. Civ. P. 41 (a).

<sup>235</sup> Comparar Código de Procedimiento Civil, art. 149, con Fed. R. Civ. P. 41 (a).

<sup>236</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 150: "extinguirá las acciones a que él se refiera".

<sup>237</sup> Fed. R. Civ. P. 41 (a).

<sup>238</sup> Véase, por ejemplo, Schopflocher, "Civil Procedure: A Comparative Study of Some Principal Features Under German and American Law", 1940 Wisc. L. Rev. 234, 248; Schlesinger, *supra* nota 2, pág. 305.

Código Venezolano, art. 346 (11): otorga una acción para solicitar que se declare inadmisibile por falta de reclamo válido, "la demanda propuesta", o "en aquellos casos en que sólo podría ser admitida por determinadas causales que no son las alegadas en la demanda".

<sup>239</sup> Fed. R. Civ. P. 12 (b) (6).

<sup>240</sup> Fed. R. Civ. P. 12 (f).

<sup>241</sup> M. Cappelletti y J. M. Perillo, "Civil Procedure in Italy", 247-49 (1965); texto que acompaña notas 590-591, *infra*.

<sup>242</sup> Véanse citas en nota 262, *infra*.

<sup>243</sup> El sistema colombiano tiene una forma especial de sentencia sumaria: Las partes pueden, de común acuerdo pedir por escrito u oralmente, que se proceda a dictar sentencia, en base a las pruebas acompañadas a la demanda y a la contestación. Código Colombiano, art. 186.

el juez decide en base a los hechos determinados a través del estudio de los documentos.<sup>244</sup> La credibilidad de los testigos no es un problema, porque la mayoría de los que tengan algún tipo de prejuicios están descalificados para dar testimonio.<sup>245</sup>

En esencia, el proceso chileno de juicio es muy parecido a la práctica estadounidense de sentencia sumaria: identificación de los hechos pertinentes reconocidos y aquellos que están en disputa, conjunto de declaraciones juradas u otras pruebas escritas y relevantes para los puntos que se están controvirtiendo; la sentencia del tribunal se dicta después de un estudio de los antecedentes. Por lo tanto, uno puede comprender fácilmente, por qué Chile poco necesita de algo similar a la Regla Federal 56 (EE.UU.) y sus complejidades concomitantes.<sup>246</sup>

Las excepciones preliminares pueden hacerse valer en Chile en base a una serie de fundamentos.<sup>247</sup> Naturalmente, uno de ellos es la ausencia de competencia legal, lo cual incluye a ambas: la jurisdicción del asunto en cuestión y la competencia.<sup>248</sup> Chile no es un país federado y no tiene que preocuparse mucho por la asignación territorial del poder judicial.

No existen doctrinas como la de *International Shoe* (jurisdicción sobre la persona),<sup>249</sup> ni tampoco las mociones dirigidas a discutir el poder del tribunal sobre el demandado.<sup>250</sup> Un incidente se puede hacer valer tempranamente en Chile, para poner en duda la capacidad legal del demandante para demandar o su representación.<sup>251</sup>

En la práctica norteamericana en comparación, la capacidad y representación del demandante se presumen, a menos que el demandado específicamente las cuestione y de tal modo haga que el demandante las pruebe.<sup>252</sup> Chile también permite que el demandado cuestione la forma de la demanda,<sup>253</sup> lo cual nos re-

<sup>244</sup> Véase texto que acompaña las notas 281-302, *infra*.

<sup>245</sup> Véase texto que acompaña las notas 305-309, *infra*.

<sup>246</sup> Por ejemplo, *Celotex Corp. v. Catrett*, 477 U.S. 317 (1986); *Anderson v. Liberty Lobby Inc.*, 477 U.S. 242 (1986).

Véase en general Nelken, "One Step Forward, Two Steps Back; Summary Judgement After *Celotex*", 40 *Hastings L. J.* 53 (1988); Childress, "A New Era for Summary Judgement: Recent Shifts at the Supreme Court", 116 *F.R.D.* 183 (1987).

<sup>247</sup> Los requisitos que impone el sistema español para presentar excepciones preliminares, son bastante similares. "Civil Procedure in Spain", *supra* nota 19, págs. 416-17.

<sup>248</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 303 (1). Comparar con Fed. R. Civ. P. 12 (b) (1), (3).

<sup>249</sup> *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945). En los sistemas de tradición civil, el domicilio de los demandados determina de modo general la competencia, en tanto que la causa de acción y el país en que ésta se ejerce determinan la jurisdicción especial.

Por ejemplo, Kerameus, "A Civilian Lawyer Looks At Common Law Procedure", 47 *La. L. Rev.* 493, 496-97 (1987). Véase en general Schlesinger, *supra* nota 2, págs. 286-96. Es presumible que Chile siga estas doctrinas, aunque ellas no aparecen eo nomine en su código de procedimiento.

<sup>250</sup> Comparar Fed. R. Civ. P. 12 (b) (2).

<sup>251</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 303 (2).

<sup>252</sup> Fed. R. Civ. P. 9 (a). Véase, por ejemplo, *Ralston Oil & Gas v. Genesco Inc.*, 706 F.2d 685 (5<sup>o</sup> Cir. 1983); *Comstock v. Pfizer Retirement Annuity Plan*, 524 F. Supp. 999 (D. Mass. 1981); *Waldrip v. Liberty Mutual Ins. Co.*, 11 F.D.R. 426 (W.D. La. 1951).

<sup>253</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 303 (4).

cuerda de las guerras apelativas de las cuales en los Estados Unidos se tiene conocimiento.<sup>254</sup>

Los demandados también pueden inicialmente buscar cualquier otra "corrección del procedimiento", siempre y cuando la corrección no envuelva los méritos del caso.<sup>255</sup> Esto se compara con la tendencia norteamericana de alejarse de disputas de detalles técnicos y de moverse hacia asuntos de sustancia.<sup>256</sup> Finalmente, en Chile las defensas de cosa juzgada y de transacción pueden también plantearse preliminarmente.<sup>257</sup>

En Chile, las objeciones preliminares se tratan como "incidentes",<sup>258</sup> significando que ellas pueden ser decididas solamente en base a los antecedentes<sup>259</sup> o, si existen hechos materiales en disputa, después de haber tomado las pruebas.<sup>260</sup> Esto se asemeja a la práctica estadounidense de plantear material defensivo como defensas afirmativas o técnicas y, en los casos donde las pruebas son necesarias, pedir sentencia sumaria basada en éstas.<sup>261</sup>

#### F. Descubrimiento de pruebas (Discovery)

Probablemente la distinción más dramática entre el procedimiento de los Estados Unidos y el de Chile está en la ausencia total de mecanismos de descubrimiento de prueba en este último. Por lo que a esto se refiere, Chile sigue la tradición de la ley civil de evitar procesos tales como la interrogación por las partes de testigos juramentados, para recopilar prueba antes del juicio (depositions), los interregatorios escritos a la parte contraria, el descubrimiento de documentos que están en poder de otras partes y los exámenes médicos de la contraparte.<sup>262</sup>

En un país como Italia, los problemas dobles del litigante de estar sorprendido del juicio y la carencia de acceso a pruebas poseídas por otros, se ven algo

<sup>254</sup> Weinstein y Distler, "Comments on Procedural Reform: Drafting Pleading Rules", 57 Colum. L. Rev. 518 (1957).

<sup>255</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 303 (6).

<sup>256</sup> "Estas reglas... deberán de ser interpretadas para asegurar la determinación justa, rápida y barata de cada acción que se ejerza". Fed. R. Civ. P. 1.

Véase, por ejemplo, *Karkham v. Holt*, 369 F. 2d 940 (5ª Cir. 1966); *Hartley & Parker Inc. v. Florida Beverage*, 348 F. 2d 161 (5ª Cir. 1965); *Boxer v. Smith, Kline & French Laboratories*, 43 F.R.D. 25 (S.D.N.Y. 1967).

<sup>257</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 304. Bajo las Reglas Federales puede que éstas se opondan y se reserven para ser falladas en la sentencia definitiva. Fed. R. Civ. P. 8 (c), 56.

<sup>258</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 307.

<sup>259</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 89.

<sup>260</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 90.

<sup>261</sup> En las cortes federales existe una considerable ambigüedad respecto de la forma de probar los hechos en que se basa una moción preliminar. *Thompson Trading Ltd. v. Allied Lyons PLC*, 123 F.R.D. 417 (D.R.I. 1989).

<sup>262</sup> Por ejemplo, *Von Mehren*, "Some Comparative Reflections on First Instance Civil Procedure: Recent Reforms in German Civil Procedure and in the Federal Rules", 63 *Notre Dame L. Rev.* 609, 626 n. 56 (1988) (Alemania); *Von Mehren*, "The Judicial Process: A Comparative Analysis", 5 *Am. J. Comp. L.* 197, 225 (1956) (Francia y Alemania); *Hamburger*, "Functions of Orality in Austrian and American Civil Procedure", 20 *Buff. L. Rev.* 9, 19 (1970) (Austria). Comparar con Fed. R. Civ. P. 26-35.

aliviados por la institución del término probatorio episódico,<sup>263</sup> porque las pruebas son tomadas durante un período de tiempo considerable en una serie de audiencias;<sup>264</sup> los litigantes tienen tiempo para refutar testimonios sorprendentes y para examinar y completar nuevos datos.

En contraste, el término probatorio en Chile es concentrado, esto es, toda prueba se presenta en un bloque de tiempo singular fijado por el juez de la causa.<sup>265</sup> El abogado chileno se ve envuelto, por lo tanto, en la batalla deportiva del ingenio, en otro tiempo conocida por los abogados del common law pero repudiado allí a través de la adopción del mecanismo de descubrimiento antes del juicio.<sup>266</sup>

El juez chileno puede, en teoría, evitar los fracasos de la justicia al participar activamente en llamar y examinar a testigos y en exigir la producción de documentos;<sup>267</sup> de cualquier modo, sabemos que estas facultades son ejercidas con poca frecuencia.

Uno encuentra en el Código de Procedimiento Civil chileno ciertos mecanismos de inspección, los cuales tienen sabor a los mecanismos de descubrimiento norteamericanos.<sup>268</sup> Pero estas son actividades prejudiciales encaminadas a ayudar al demandante potencial a determinar si él tiene un derecho válido y a quién demandar.

Como ejemplos, una persona puede obtener una declaración jurada sobre la capacidad legal de otro,<sup>269</sup> puede inspeccionar "sentencias, testamentos, inventarios, tasaciones, títulos de propiedad u otros instrumentos públicos o privados que por su naturaleza puedan interesar a diversas personas",<sup>270</sup> puede exigir el reconocimiento jurado de una firma puesta en instrumento privado<sup>271</sup> y puede pedir que se tome testimonio a una persona que va a ausentarse del país,<sup>272</sup> o que sufre de impedimentos graves y quizás no esté disponible durante el juicio.<sup>273</sup>

Estas excursiones no solamente son menos amplias que las típicas expedicio-

<sup>263</sup> Chase, "Civil Litigation Delay in Italy and the United States", 36 Am. J. Comp. L. 41, 67 (1988). Asimismo, existe un término probatorio episódico, en otros sistemas: Homburger, "Functions of Orality in Austria and American Civil Procedure", 20 Buff. L. Rev. 9, 22-23 (1970) (Austria); "Civil Procedure in Spain", *supra* nota 11, pág. 400 (España); Langbein, "The German Advantage in Civil Procedure", 52 U. Chil. L. Rev. 823, 826 (1985) (Alemania); Kaplan, "Civil Procedure - Reflection on the Comparison of Systems", 9 Buff. L. Rev. 409, 410-12 (1960).

<sup>264</sup> M. Cappelletti, J. Merryman y J. Perillo, "The Italian Legal System", app. B (1967) (traducción del expediente de un caso de daños y perjuicios italiano).

<sup>265</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 327-340. Véase texto que acompaña notas 298-300, *infra*.

El Código Colombiano obliga a los jueces a fijar fechas continuadas para las audiencias de prueba que deban celebrarse, con el objeto de que exista "mayor concentración". Código Colombiano, art. 110.

<sup>266</sup> Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495, 507-08 (1947); *id.* pág. 516.

<sup>267</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 159; texto que acompaña nota 124, *supra*.

<sup>268</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 273. Véase en general Vescovi, *supra* nota 8, en N° 387-388.

<sup>269</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 273 (1).

<sup>270</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 273 (3).

<sup>271</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 273 (5).

<sup>272</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 284. Comparar con Fed. R. Civ. P. 27 (a); In re Boland, 79 F.R.D. 665 (D.D.C. 1978).

<sup>273</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 286. Comparar con Fed. R. Civ. P. 27 (a); Petición de Ernst, 2 F.R.D. 447 (S.D. Cal. 1942).

nes de pesca previas al juicio estadounidense,<sup>274</sup> sino que también son controladas por la discreción judicial que, a su turno, está vigilada por la norma en el código que requiere que la inspección sea "necesaria para que el demandante pueda entrar en el juicio"<sup>275</sup> y que el demandante demuestre su derecho potencial y sus fundamentos.<sup>276</sup> En resumen, no hemos encontrado en Chile ninguna analogía verdadera a nuestras prácticas de descubrimiento de prueba.

Es posible localizar en el proceso chileno algunos derechos para inspeccionar documentos durante el transcurso del litigio. El artículo 349 del código permite a una parte solicitar del tribunal la exhibición de instrumentos que tengan relación directa con la cuestión debatida y que no revistan el carácter de secretos o confidenciales. Estos documentos pueden estar en poder de la otra parte o de un tercero. Quien los tenga en su poder debe presentarlos para ser inspeccionados por quien haya solicitado la exhibición, y en caso de no hacerlo, puede verse afectado por multas, arrestos<sup>277</sup> o por la pérdida del derecho de hacerlos valer en el juicio.<sup>278</sup>

Por favor fíjense cómo estos modestos derechos de exhibición se comparan con las investigaciones permitidas al alero de las normas estadounidenses,<sup>279</sup> de desenterrar antes del juicio cualquier hecho o documento que pudiera ser pertinente para las cuestiones del juicio.<sup>280</sup>

### G. Proceso del término probatorio

Cuando los alegatos, las peticiones preliminares u otros incidentes se terminan, la acción pasa a la etapa de término probatorio. A estas alturas, en los Estados Unidos se usa una conferencia antes del juicio para identificar las cuestiones controvertidas, los testigos, los instrumentos probatorios y las controversias de prueba especial.<sup>281</sup>

En contraste, en Chile el juez monta el escenario para el juicio, estudiando el expediente de la causa y estableciendo los puntos de prueba,<sup>282</sup> que se refieren a los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos por las partes, de acuerdo a lo expresado en las alegaciones. Se permite entonces a las partes, que en el

<sup>274</sup> *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 507 (1947): "El grito "expedición de pesca", honrado por mucho tiempo, ya no servirá para evitar que una de las partes se informe respecto de los hechos en que se basa el caso de su opositor".

Véase en general P. Connolly, E. Holleman y M. Kuhlman, "Judicial Controls and the Civil Litigative Process; Discovery", (1978).

<sup>275</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 273.

<sup>276</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 287.

<sup>277</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 274, 349.

<sup>278</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 277, 349. Comparar con Fed. R. Civ. P. 37 (b) (2) (B).

<sup>279</sup> Fed. R. Civ. P. 26 (b) (1): "Las partes podrán investigar sobre cualquier asunto, no privilegiado, que esté relacionado con la materia envuelta en la acción que se encuentra pendiente..."; *Heathman v. United States Dist. Ct.*, 503 F. 2d 1032, 1035 (9º Cir. 1974); *Reliance Ins. v. Barron's* 428 F. Sup. 200 (S.D.N.Y. 1977).

<sup>280</sup> Fed. R. Civ. P. 30 (declaraciones de testigos), 33 (interrogatorio de las partes), 34 (inspección de tangibles), 35 (examen mental y físico).

<sup>281</sup> Fed. R. Civ. P. 16; *Matter of Baker*, 744 F. 2d 1438, 1440-41 (10º Cir. 1984); *Seck v. Hamring*, 657 F. Supp. 1074 (S.D.N.Y. 1987); *Gardner v. Safeway Stores* 99 F.R.D. 258 (D. Kann. 1983). Véase en general Richey, "Rule 16: A Survey and Some Consideration for the Bench and Bar", 126 F.R.D. 599 (1989).

<sup>282</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 318. Comparar con *Homburger*, "Functions of Orality in

plazo de tres días soliciten la modificación de la resolución judicial que fija los puntos de prueba.<sup>283</sup>

Una vez que se han establecido los puntos de prueba, el paso siguiente es que cada parte debe presentar un escrito en el cual especifique aquellos puntos de prueba respecto de los cuales va a rendir prueba testimonial y que enumere e identifique a los testigos.<sup>284</sup> Solamente se permite que declaren seis testigos, por cada uno de los hechos controvertidos,<sup>285</sup> lo cual se compara con la práctica estadounidense de depender principalmente de la habilidad del juez para persuadir a los abogados de que eviten la presentación de testigos superfluos.<sup>286</sup> En Chile, las partes presentan las preguntas que el juez<sup>287</sup> plantea a los testigos.<sup>288</sup>

El gran drama del juicio norteamericano de common law de interrogatorios y contrainterrogatorios por abogados hábiles está ausente en el procedimiento chileno; más bien la práctica chilena se parece al voir dire del jurado del tribunal federal, en donde la práctica común es que los jueces califiquen a los jurados usando sus propias preguntas y también aquellas que les sean planteadas por los abogados.<sup>289</sup>

Un funcionario auxiliar del tribunal, el receptor,<sup>290</sup> es el encargado de transcribir las respuestas del testigo a cada pregunta,<sup>291</sup> las que después son leídas en voz alta y firmadas por el declarante, el juez y las partes presentes.

Como en los Estados Unidos,<sup>292</sup> en Chile los testigos pueden ser compelidos

Austrian and American Civil Procedure", 20 Buff. L. Rev. 9, 32-33 (1970) (orden de las pruebas en Austria); Jacoby, "The Use of Comparative Law in Teaching American Civil Procedure", 25 Clev. St. L. Rev. 423, 428-30 (1976) (resolución que decreta la prueba en Alemania, Italia y Suiza).

<sup>283</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 319.

<sup>284</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 320.

<sup>285</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 372.

<sup>286</sup> Por ejemplo, Fed. R. Civ. P. 16 (c) (4), (5); R. Figg, R. McCullough II, y J. Underwood, "Civil Trial Manual: Student Edition", 314 (1974).

<sup>287</sup> El código chileno obliga al juez a interrogar a los testigos "personalmente" (Código de Procedimiento Civil, art. 365). Sin embargo, pudimos constatar que en la práctica esta función es cumplida por funcionarios llamados "receptores", en quienes normalmente los jueces delegan esta obligación. En este punto, la práctica chilena es igual a la española: "Civil Procedure in Spain", *supra* nota 19, pág. 400; y a la mayor parte de la de América Latina: Vescovi, *supra* nota 8, pág. 215. Esto demuestra el poder de la costumbre, frente a las limitaciones impuestas por la legislación. Del mismo modo, el Código Colombiano exige que los jueces reciban las pruebas personalmente. (Código Colombiano, art. 181).

<sup>288</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 365. En este punto, Chile imita el sistema español, (Civil Procedure in Spain, *supra* nota 19 págs. 430-31, 442-45); sin embargo, en severo contraste, Venezuela ha adoptado la técnica del common law de que los abogados examinen directa e indirectamente a los testigos. Código Venezolano, art. 485.

<sup>289</sup> Fed. R. Civ. P. 47 (a); Levitt, *et al.*, "Expediting Voir Dire: An Empirical Study", 44 so. Cal. L. Rev. 916, 928-29 (1971); Committee of United States District Judges, "The Jury System in the Federal Courts", 26 F.R.D. 409, 466 (1961).

<sup>290</sup> Para conocer las funciones del oficial chileno denominado "receptor", véase Código Orgánico de Tribunales, arts. 390-393.

<sup>291</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 370. El Código Venezolano permite claramente el uso de taquigrafía, grabaciones en cinta y en video. (Código Venezolano, arts. 189, 485). Igualmente en Argentina, las partes pueden pedir y pagar para utilizar taquigrafía o cualquier otro medio técnico de grabación. (Código Argentino, art. 126).

<sup>292</sup> Por ejemplo, Fed. R. Civ. P. 45; Pa. R.C.P. 234, 1357.

por medio de la fuerza a presentarse ante el tribunal.<sup>293</sup> Declaran bajo un juramento religioso parecido al de los Estados Unidos,<sup>294</sup> aunque no existe ninguna afirmación secular como la que es permitida en la práctica norteamericana federal<sup>295</sup> y estatal.<sup>296</sup> Los testigos chilenos pueden ser sometidos a arresto si se niegan a declarar sin justa causa.<sup>297</sup>

El código regla un período de término probatorio de 20 días, que puede ser reducido por "acuerdo unánime de las partes"<sup>298</sup> y aumentado para tomar pruebas que deban rendirse fuera del territorio del tribunal.<sup>299</sup> El código prefiere una audiencia singular, aunque concede al juez la opción de citar a varias audiencias en una causa cuando existen múltiples puntos de prueba o un gran número de testigos.<sup>300</sup>

El período del término probatorio se aplica a todo tipo de prueba y en el caso de los testigos, si no existe justa causa para alegar aumentos o entorpecimientos,<sup>301</sup> tales declaraciones no serán recibidas después del período fijado.<sup>302</sup>

Otros medios de prueba, como los instrumentos y los informes de peritos, aparecen como menos restringidos, ya que sin perjuicio de que deben solicitarse dentro del término probatorio, pueden rendirse hasta el momento en que el tribunal cite a las partes para oír sentencia.

#### H. Reglas de prueba

Una diferencia dramática respecto de los Estados Unidos es el concepto chileno en relación a la prueba aceptable: un concepto derivado directamente de la práctica y la tradición de la ley civil.<sup>303</sup> El acceso a los hechos se ve severamente reducido por reglas extraordinariamente restrictivas en cuanto a la capa-

<sup>293</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 380.

<sup>294</sup> "¿Juráis por Dios decir verdad acerca de lo que se os va a preguntar?" "Sí, juro". Código de Procedimiento Civil, art. 363. Comparar con Código Argentino, arts. 404, 440: juramento o "promesa de decir la verdad".

<sup>295</sup> Véase *supra* nota 112.

<sup>296</sup> Por ejemplo, 18 Pa. Cons. Stat. N° 4903 (1982): "juramento o afirmación equivalente".

<sup>297</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 380.

<sup>298</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 328. En 1971, Colombia adoptó el concepto de "juicio concentrado", lo cual significa fijar audiencias continuas, siempre que sea posible. (Código Colombiano, arts. 110, 220; Gómez Duque, "Reflexiones Sobre el Nuevo Régimen Probatorio", *in id.*, comentario).

En comparación, los peruanos le dan al juez discreción para establecer el término ordinario de pruebas, entre 10 y 50 días. (Código Peruano, art. 348). Por su parte en Brasil, "las pruebas se reciben gradualmente, a lo largo de un período de varias semanas o meses". (Rossen, *supra* nota 21, pág. 495).

<sup>299</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 329.

<sup>300</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 369.

<sup>301</sup> Por ejemplo, Código de Procedimiento Civil, art. 340 (incapacidad del juez).

<sup>302</sup> Comparar con Von Mehren, "Some Comparative Reflections of First Instance Civil Procedure: Recent Reforms in German Civil Procedure and in the Federal Rules", 63 Notre Dame L. Rev. 609, 626 (1988); los jueces alemanes rechazan las pruebas que no son presentadas oportunamente.

<sup>303</sup> Véase, por ejemplo, G. Centoma, "The Italian Legal System" 205 (1985); P. Herzog, "Civil Procedure in France", 337 (1967); R. B. Ginsburg y A. Bruzelius, "Civil Procedure in Sweden", 283-284 (1965).

cidad de rendir testimonio de las personas, aunque los instrumentos escritos se admiten libremente.<sup>304</sup>

Ninguna persona que tenga un interés directo o indirecto en el pleito está habilitada para declarar en éste.<sup>305</sup> Por ello, los litigantes,<sup>306</sup> tal como cualquier persona potencialmente afectada por la sentencia, son inhábiles para declarar. Los cónyuges, los parientes, criados domésticos y dependientes de los litigantes son inhábiles también.<sup>307</sup> El principio de exclusión incluso alcanza a los trabajadores y labradores de la parte.<sup>308</sup> Finalmente, las amistades íntimas no pueden declarar a favor de una parte, ni tampoco sus enemigos pueden hacerlo en su contra.<sup>309</sup>

Estas reglas, que se basan en la desconfianza, destruirían el sistema judicial de los Estados Unidos, en el cual los testigos que se encuentran en estas categorías declararían cada día en las salas de los tribunales.<sup>310</sup> Los abogados naturalmente se preguntarían ¿Cómo se prueban los hechos en las causas en las que los actores principales están en las categorías antes descritas y no existen terceros desinteresados? Aparentemente la ley civil prefiere abandonar los conceptos de derecho o deber, por temor a que existan declaraciones predisuestas en el juicio.

Por cierto, la ley civil no puede considerar los derechos múltiples<sup>311</sup> y los

<sup>304</sup> Schlesinger, *supra* nota 2, pág. 308: "Desde el punto de vista de la tradición civil, un documento, si no es autenticado u objetado expresamente, prueba su propia existencia..." (nota omitida); Karst, *supra* nota 33, pág. 63 (nota omitida): "Hay una notoria tendencia a presumir que cada ciudadano está mintiendo, a menos que exista prueba documental escrita, demostrando que está diciendo la verdad. El sistema legal formal de los países latinoamericanos... muestra una decidida tendencia a creer sólo en los documentos, y no la gente".

<sup>305</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 358 (6). En Chile, el tema de "evidencia" se encuentra entre las reglas de procedimiento (Código de Procedimiento Civil, arts. 318-429), y se enseña en las universidades como parte del curso de "Derecho procesal". Morales Robles, "II Explicaciones de Derecho Procesal" 164-250 (Santiago, Chile, 1987) (Clases transcritas del Prof. Mario Mosquera Ruiz); de aquí en adelante citado como "II Explicaciones".

<sup>306</sup> Aparentemente, el impacto que produce la exclusión de los testimonios de las partes en el sistema de ley civil es reducido por las conversaciones entre ellas, en situaciones en que no se encuentran bajo juramento. Kaplan, "Civil Procedure - Reflections on the Comparison of Systems", 9 Buffalo L. Rev. 409, 420 (1960). La "confesión judicial" de una parte, se verifica en las alegaciones o en audiencias de prueba. Véase, por ejemplo, Código Colombiano, arts. 194, 195.

<sup>307</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 358 (1), (2), (4).

<sup>308</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 358 (5).

<sup>309</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 358 (6).

<sup>310</sup> Por ejemplo, Fed. R. Evid 601 (toda persona es competente para ser testigo); McCormick, *supra* nota 131, págs. 78-80 (la predisposición como fundamento para impugnar la credibilidad de un testigo).

Argentina está alineada más cerca con los Estados Unidos que con Chile, ya que sólo descalifica por predisposición, al cónyuge y a los parientes consanguíneos o afines en línea directa, permitiendo al juez considerar dicha predisposición al valorar la prueba. Código Argentino, arts. 427, 441, 456. Colombia considera a los testigos interesados como "sospechosos", pero permite que rindan testimonio y el juez resuelve si acepta dicho testimonio, en la audiencia, conforme a las circunstancias particulares. Código Colombiano, arts. 217, 218.

<sup>311</sup> En los Estados Unidos nos hemos creado demandas para obtener compensación, por cuanto ellas requieren que el demandante indague tanto en la mente del demandado como en los archivos, para poder recoger pruebas de elementos importantes que funden su demanda.

Véase, por ejemplo, Washington v. Davis, 426 U.S. 229 (1976): las demandas por trato igualitario ante la ley requieren de demostrar que hubo propósitos discriminatorios por parte del

daños y perjuicios<sup>312</sup> en la ley estadounidense, los que únicamente se prueban por hechos que sólo conocen las partes o personas cercanas a ellas. En los Estados Unidos se aceptan todos los testigos de los hechos, con la esperanza de que los juzgadores de estos hechos, ayudados por las impugnaciones de credibilidad que hagan los abogados durante los contrainterrogatorios, puedan atravesar la parcialidad y determinar la verdad.<sup>313</sup>

Las preguntas que apuntan a la habilidad de los testigos preceden pero no destruyen la declaración sobre el fondo del asunto,<sup>314</sup> la única excepción existe en el caso en que el juez puede declarar en el mismo momento, que el testigo es patentemente inhábil por su estado físico o mental o por su oficio.<sup>315</sup> Los jueces también pueden tramitar separadamente los incidentes relativos a la habilidad de un testigo.<sup>316</sup> Pero en un caso normal, todas las preguntas son planteadas al testigo a la vez, y hasta que el juez no dicte la sentencia en la causa, no determina si el testigo es hábil y si la declaración que prestó constituye prueba aceptable.<sup>317</sup>

Mientras que el código chileno es severo en cuanto a la habilidad de los testigos, permite libremente los testimonios de oídas (hearsay).<sup>318</sup> Esto no es sorprendente, por cuanto la ley civil sin jurado ha declinado adoptar las reglas de exclusión respecto del testimonio de oídas.<sup>319</sup>

Los jueces en Chile, como en otros países de ley civil,<sup>320</sup> están sujetos a reglas mecánicas que determinan la fuerza probatoria de los testimonios.<sup>321</sup> La decla-

demandado; *Trans World Airlines v. Thurston*, 569 U.S. 111 (1985): caso de trato discriminatorio en razón de la edad; el fallo duplicó el valor de los daños, atendido a que la violación fue intencional; *Public Employees Retirement Sys. v. Betts*, 57 U.S.L.W. 4931 (U.S. Junio 20, 1989): el demandante debe mostrar un "subterfugio", en el plan de beneficios; 33 A.L.R. 4<sup>o</sup> 579 (1984): negativa de las compañías de seguros a pagar los reclamos, de "mala fe".

<sup>312</sup> Por ejemplo, Belli, "Punitive Damages: Their History, Their Use and their Worth in Present-Day Society", 49 UMKC L. Rev. 1, 8-9 (1980) (requisitos de estado mental); Owen, "Punitive Damages in Products Liability Litigation", 74 Mich. L. Rev. 1258 (1976) (comercialización imprudente de productos defectuosos).

<sup>313</sup> Véase nota 310, *supra*.

<sup>314</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 373, 375.

<sup>315</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 375. McCormick, *supra* nota 131, en cap. 7, en Chile se excluye a los testigos afectados con ciertas incapacidades. Estas incluyen entre otras: los menores de 14 años; los que se hallan en interdicción por causa de demencia; los privados de razón por ebriedad u otra causa; los que carezcan del sentido necesario para percibir los hechos declarados; sordomudos que no puedan darse a entender por escrito; los vagos sin ocupación u oficio conocido; los que en concepto del tribunal sean indignos de fe por haber sido condenados por delitos; y los que hagan profesión de testificar en juicio. Código de Procedimiento Civil, art. 357.

<sup>316</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 376.

<sup>317</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 379.

<sup>318</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 383.

<sup>319</sup> Por ejemplo, Kerameus, "A Civilian Lawyer Looks at Common Law Procedure", 47 La. L. Rev. 493, 500 (1987).

<sup>320</sup> La evaluación cuantitativa de los testigos y su valor probatorio está declinando en Europa. Véase *id.* pág. 500-01; M. Cappelletti, J. Merryman y J. Perillo, "The Italian Legal System" 139-140 (1967).

En 1971, Colombia adoptó el sistema de libre evaluación judicial de las pruebas; Gómez Duque, "Reflexiones Sobre el Nuevo Régimen Probatorio" en Código Colombiano, comentario.

<sup>321</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 384. En comparación, Venezuela, Colombia, Argentina y Brasil entregan la apreciación de la prueba a la sana crítica del tribunal. Código Venezolano, art. 507; Código Colombiano, art. 187; Código Argentino, art. 386; Rossen, *supra*, nota 21, págs. 499-500.

ración de un solo testigo sobre un hecho, constituye prueba plena cuando el juez concluye que éste ha sido imparcial y verídico y que su declaración fue lo suficientemente seria y precisa como para convencerlo.

Esto deja al juez un campo considerable para rechazar todo o parte de la declaración. Pero las declaraciones de dos o más testigos sin tachas y que no hayan sido contradichas, constituyen prueba plena y el juez está obligado a aceptarla. Cuando las declaraciones de los testigos están en conflicto, el juez determina los hechos no por el mayor número de testigos, sino por la calidad de la prueba: detalle, imparcialidad, verdad y consistencia con otras pruebas. El que los testigos sean de un mayor número, tiene importancia en caso de que los testigos, no obstante ser contradictorios, sean creíbles, imparciales e igualmente científicos. Si todos los elementos están balanceados, el juez declara que el hecho no está probado, lo cual presumiblemente iría en detrimento de la parte que soporta la carga de la prueba.<sup>322</sup> Cada parte puede beneficiarse de las declaraciones que le sean favorables y que hayan sido hechas por testigos llamados por su contraparte; en este caso, los propios testigos pueden crear un conflicto que deja el asunto en las manos del juez.

Chile, al igual que Europa,<sup>323</sup> utiliza el juramento de la parte, denominado confesión judicial.<sup>324</sup> La contraparte o el juez de oficio llama a la parte a declarar bajo juramento sobre hechos determinados, en respuesta a preguntas claras y precisas.<sup>325</sup> En la práctica, al requerir la absolucón de posiciones, debe presentarse al tribunal un sobre sellado, en el cual se contienen las posiciones. El juez lee las preguntas y el receptor anota las respuestas. El código permite a cada parte utilizar la técnica por dos y hasta tres veces, siempre que surjan hechos nuevos durante el juicio.<sup>326</sup> Cuando se trata de hechos personales de la parte absolvente, puede contestar afirmándolos, negándolos o justificando la falta de respuesta por el hecho de haberlo olvidado. Si la parte confiesa hechos que le son

---

En Perú simplemente se señala que el valor probatorio de los testigos será apreciado por el juez con sujeción a las reglas de la crítica. Código Peruano, art. 490. Véase en general Vescovi, *supra* nota 8, pág. 235.

<sup>322</sup> No podríamos encontrar en los códigos chilenos una regla explícita sobre la carga y apreciación de la prueba. Sin embargo, el Código Civil chileno, en su art. 1698, dispone que:

"Incumbe probar las obligaciones o su extinción, a quien alega aquéllas o ésta".

Por su parte, en los arts. 428 y 429, el Código de Procedimiento Civil contempla diversas reglas para la apreciación comparativa de los medios de prueba.

En Venezuela simplemente se señala: "Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de los hechos". (Código Venezolano, art. 506). En el Código Argentino (art. 377) se indica: "Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido..." En Perú se ordena al juez absolver al demandado "si el demandante no prueba su acción" (Código Peruano, art. 338). Colombia pone la carga de la prueba sobre quienes persiguen el "efecto jurídico", lo cual requiere de la parte "probar el supuesto de hecho". (Código Colombiano, art. 117).

<sup>323</sup> Por ejemplo, "Civil Procedure in Spain", *supra* nota 19, págs., 429-30; G. Certoma, "The Italian Legal System" 204 (1985); P. Herzog, "Civil Procedure in France" 358-61 (1967).

<sup>324</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 385-402. En el sistema venezolano parece permitirse tomar juramento tanto respecto de hechos materiales como respecto de "hechos decisivos", presumiblemente estos últimos son aquellos que apuntan al fundamento de la controversia. Código Venezolano, arts. 370-387. Véase también Código Peruano, arts. 363-393.

<sup>325</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 385, 386.

<sup>326</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 385. Comparar con Código Argentino, art. 422: una vez durante el juicio y una vez en alzada.

perjudiciales, en base a conocimiento personal, no se recibirá prueba alguna contra los hechos confesados,<sup>327</sup> lo cual es similar a la regla de admisión estadounidense.<sup>328</sup>

Técnicamente, el juez retiene el poder para determinar lo contrario,<sup>329</sup> pero nos han dicho que, en la práctica, la confesión es concluyente respecto de los hechos confesados. También nos han dicho que la confesión está declinando en importancia en el juicio, porque actualmente las partes rara vez juran respecto de algo contrario a su interés. Los abogados en Chile todavía tratan de usarla, sin embargo, porque es una oportunidad barata y sin riesgos.<sup>330</sup> No conlleva riesgos, porque la respuesta negativa nada prueba. Por ejemplo, si el demandado pregunta: "¿Usted admite que estuvo conmigo en Tavern on the Green a las 9 de la noche el 5 de julio de 1987?", la respuesta "No", curiosamente, no prueba que no estuvo allí. La negación simplemente deja el hecho sin comprobación de una manera u otra, según nos han dicho los abogados chilenos.

Los instrumentos públicos son fuente de prueba importante en Chile. Estos se refieren a documentos o copias de esos documentos, otorgados con los requisitos que las leyes prescriben dentro de Chile<sup>331</sup> o certificados por oficiales públicos autorizados en el extranjero.<sup>332</sup> Los instrumentos privados pueden ser declarados auténticos durante el juicio,<sup>333</sup> pero la mayoría llegan a ser evidencia cuando las contrapartes aceptan su autenticidad por no impugnarlos oportunamente.<sup>334</sup>

Otros dos medios de prueba en Chile son la inspección personal del juez<sup>335</sup> y el informe de peritos,<sup>336</sup> el último de los cuales es similar a la práctica estadounidense.<sup>337</sup> En presencia de las partes y de sus abogados, el juez puede inspeccionar lugares u objetos envueltos en la controversia, cuando lo considere necesario,<sup>338</sup> y el juez consigna en un acta las circunstancias y los hechos materiales que observa, pudiendo las partes solicitar que se consignent observaciones suplementarias.<sup>339</sup> Lo que el juez observa y hace constar en el acta, se considera como plena prueba.<sup>340</sup>

El informe de peritos se usa en Chile para cuestiones de hecho que requieren del conocimiento especial de una ciencia o arte,<sup>341</sup> además de los casos en que se requiera del conocimiento de una legislación extranjera.<sup>342</sup> En una audiencia el tribunal determina el número de peritos necesarios, sus calificaciones y el alcance del informe.<sup>343</sup>

<sup>327</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 402.

<sup>328</sup> Véase, por ejemplo, Fed. R. Civ. P. 36 (b).

<sup>329</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 399.

<sup>330</sup> Por otra parte, me han informado que los abogados italianos ya no se preocupan en utilizar el juramento de las partes. Véase también G. Certoma, "The Italian Legal System" 203 (1985).

<sup>331</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 342.

<sup>332</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 345.

<sup>333</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 346 (1), (2), (4).

<sup>334</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 346 (3).

<sup>335</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 403-408.

<sup>336</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 409-425.

<sup>337</sup> Véase, por ejemplo, McCormik, *supra* nota 131, págs. 537-39.

<sup>338</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 403.

<sup>339</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 407.

<sup>340</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 408.

<sup>341</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 411 (1).

<sup>342</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 411 (2).

<sup>343</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 414.

Si las partes no se ponen de acuerdo respecto de la designación de un perito en particular, el tribunal hará el nombramiento.<sup>344</sup> Como en Europa,<sup>345</sup> los peritos pertenecen al tribunal y no a las partes, como en los Estados Unidos.<sup>346</sup> Esto significa que las partes no pueden estar presentes durante las deliberaciones de los expertos, aunque pueden informarlos de hechos y circunstancias pertinentes.<sup>347</sup> La fuerza probatoria de las opiniones periciales se deja a la sana crítica del tribunal.<sup>348</sup>

### I. Sentencia

Una vez cerrado el término probatorio, las partes tienen diez días para presentar, por escrito, "las observaciones que el examen de la prueba les sugiera".<sup>349</sup> Estos constituyen, se supone, escritos presentados después de la discusión, argumentando puntos de hecho y conclusiones de derecho.

Esto es evocador de las propuestas determinadas ofrecidas por los abogados de los Estados Unidos y que típicamente se plantean en el juicio sin jurado (bench trial), así como también los argumentos finales en las causas con jurados.

Finalmente, los tribunales chilenos citan a las partes para oír sentencia,<sup>350</sup> la cual debe ser pronunciada dentro del plazo de sesenta días, desde que se produce dicha citación.<sup>351</sup>

### J. Poder de reparación

La facultad de imperio de los tribunales chilenos aparece, en la superficie, no menos amplia que la existente en los Estados Unidos.<sup>352</sup> Es posible encontrar el remedio de embargo y venta para la ejecución de sentencias de pago de una suma de dinero,<sup>353</sup> además del uso de la fuerza pública para llevar a cabo las órdenes judiciales para forzar la entrega de una especie o cuerpo cierto, ejecutar o destruir una obra material, suscribir un documento, constituir un derecho real o una obligación y ordenar la devolución de frutos.<sup>354</sup> Si una sentencia requiere de pagos periódicos, el juez puede ordenar en la misma sentencia que el deudor incumplidor preste una seguridad suficiente.<sup>355</sup>

<sup>344</sup> *Id.*

<sup>345</sup> Von Mehren, "The Judicial Process: A Comparative Analysis", 5 *Am. J. Comp. L.* 197, 223-24 (1956) (Francia y Alemania); Langbein, "The German Advantage in Civil Procedure", 52 *U. Chi L. Rev.* 823, 835 (1985); R. B. Ginsburg y A. Bruzelius, "Civil Procedure in Sweden", 290-91 (1965).

<sup>346</sup> *Fed. R. Evid.* 706 (d). Véase en general T. Mauet, "Fundamentals of Trial Techniques", Nº 4.8-10, págs. 135-59 (1980): sobre la preparación de abogados y el examen de peritos.

<sup>347</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 419.

<sup>348</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 425.

<sup>349</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 430.

<sup>350</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 432.

<sup>351</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 162.

<sup>352</sup> Wright, "The Law of Remedies as a Social Institution", 18 *U. Det. L.J.* 376 (1955).

<sup>353</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 253 (3).

<sup>354</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 235 (1), (5), (6).

<sup>355</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 236.

La tradición de la ley civil supuestamente desconoce los remedios equitativos,<sup>356</sup> pero además es posible encontrar en el código chileno resoluciones judiciales que ordenen prestaciones de dar, hacer o no hacer.<sup>357</sup>

Una facultad muy interesante está contemplada en el artículo 238 del código:

“Cuando se trata del cumplimiento de resoluciones no comprendidas en los artículos anteriores, corresponderá al juez de la causa dictar las medidas conducentes a dicho cumplimiento, pudiendo al efecto imponer multas que no excedan de una unidad tributaria mensual o arresto hasta dos meses, determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio”.

Literalmente, la norma citada provee a los jueces de una autoridad abrumadora para asegurar la obediencia a sus resoluciones, incluyendo el poder de desacato.

Verdaderamente, la facultad de ejecución parece ser no menos potente que aquella ejercida por los jueces federales de los Estados Unidos en los litigios encaminados a reformar las instituciones públicas.<sup>358</sup>

Sin embargo, según los abogados, jueces y estudiantes de abogacía chilenos, la facultad no es percibida por los jueces chilenos como un instrumento de reforma, de tal manera que no es utilizada contra las autoridades de gobierno, ni contra entidades gubernamentales para adjudicar derechos civiles o constitucionales.<sup>359</sup>

Parte del problema puede radicar en que los tribunales chilenos dependen de la policía para la ejecución de sus sentencias y mandamientos. No obstante tener el deber constitucional de ejecución,<sup>360</sup> la policía está situada en la rama ejecutiva del gobierno, y en tiempos de efervescencia social y política es más probable que obedezca las órdenes del Presidente de la República, antes que las de un juez.<sup>361</sup> Los tribunales también dependen de Carabineros para la investigación de los delitos, lo cual produce un problema cuando miembros de la policía son acusados de actos delictivos.<sup>362</sup> Por esta razón, el Repertorio Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha recomendado que Chile establezca una fuerza policíaca judicial.<sup>363</sup>

<sup>356</sup> Merryman, *supra* nota 66, págs. 51-52, 56-58.

<sup>357</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 237.

<sup>358</sup> R. Cover, O. Fiss y J. Resnik, "Procedure" 219-370 (1988); Note, "The Remedial Process in Institutional Reform Litigation", 78 Colum. L. Rev. 784 (1978); Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", 89 Harv. L. Rev. 1281, 1292-96 (1976).

<sup>359</sup> Históricamente, los jueces de los sistemas de tradición civil han carecido de poder de reparación (Merryman, *supra* nota 66, págs. 57-58), ello podría explicar la actitud de los jueces chilenos, pero no permitiría comprender por qué no se utiliza la facultad conferida por el art. 238. En la legislación italiana existe una norma similar, que ha sido bastante usada por los jueces, para proteger derechos políticos, civiles y laborales. Chase, "Civil Litigation Delay in Italy and the United States", 36 Am. J. Comp. L. 41, 73 (1988).

<sup>360</sup> Constitución de Chile, art. 73, párrafo 3.

<sup>361</sup> Véase, por ejemplo, Velasco, "The Allende Regime in Chile: An Historical and Legal Analysis: Part II", 9 Loyola (L.A.) L. Rev. 711, 725 (1976).

<sup>362</sup> W. Zabel, D. Orentlicher y D. Nachman, "Human Rights and the Administration of Justice in Chile: Report of a Delegation of the Association of the Bar of the City of New York and of the International Bar Ass'n", 51 (1987) (en archivo con el autor).

<sup>363</sup> "Report on the Question of Human Rights in Chile by the Special Rapporteur to the Commission on Human Rights". U.N. Doc. E/CN. 4/1989/7, pág. 29.

## VI. RECURSOS DE APELACION

A. *La doctrina de los precedentes judiciales*

Chile parece perseguir, casi con venganza, el postulado civil de que la legislatura, y no las Cortes, es la encargada de crear las leyes.<sup>364</sup> La función judicial consiste sencillamente en aplicar el cuerpo de normas legales —códigos y otras leyes— a los hechos particulares de cada caso.

Este modo de pensar rechaza la doctrina de sentencia precedente (*stare decisis*) del *common law*. Al contrario, se decide cada caso nuevamente, sin o con poca preocupación por las resoluciones judiciales recaídas en casos semejantes en el pasado. Chile llega a este resultado en virtud del mandato contenido en el Código Civil chileno, el cual advierte que las decisiones de los tribunales tienen fuerza obligatoria sólo en los casos en los cuales han sido pronunciadas.<sup>365</sup>

La tendencia europea ha sido la de modificar la aplicación estricta de este antiguo dogma civil. La poderosa posición moral del *common law*, en el sentido de que la justicia requiere del mismo trato en casos similares,<sup>366</sup> ha tenido su influencia junto con el hecho de darse cuenta de que el ídolo de la ley civil, la certidumbre legal,<sup>367</sup> está mal servido por las decisiones contradictorias.

Este siglo ha sido testigo del alzamiento de la doctrina llamada "Jurisprudencia constante".<sup>368</sup> Esto significa, más o menos, que cuando la Corte superior de un país ha decidido la misma cuestión de la misma manera, en dos o más oportunidades, esta Corte y sus inferiores están más o menos obligadas a obedecer este fallo, en casos futuros.

A pesar de las exhortaciones del profesor Mosquera Ruiz,<sup>369</sup> los jueces chilenos se inclinan muy poco a obedecer el principio de la misma solución para los mismos casos. Escasamente se ve el concepto de sentencia precedente en las sentencias chilenas de apelación. Es posible leer un volumen entero de una revista de jurisprudencia, sin ver citada ni una sola sentencia judicial anterior: es

<sup>364</sup> Para una exposición sucinta del acercamiento "positivista" al derecho, véase Bascañán, "El Concepto de Derecho y el Problema de las Fuentes del Derecho, Rol Expresivo e Instrumental del Derecho en la Sociedad", en A. Squella, ed., *La Cultura Jurídica Chilena* (1988). (De aquí en adelante citado como *Cultura Jurídica*). Como contrapartida de éste, véase Barros, "Funciones del Derecho y Métodos de Argumentación Jurídica: Reflexiones Sobre el Positivismo y Legalismo Chileno", en *id.* pág. 105. Véase en general Clark & Merryman, *supra* nota 66, págs. 40-49.

Una excelente, aunque antigua encuesta de filosofía del derecho en América Latina, aparece en Kunz, "Latin American Philosophy of Law in the Twentieth Century" (1950); al leer esta obra, uno se da cuenta inmediatamente de la gran diferencia que existe entre el tribunal y la abogacía por una parte, y los filósofos por la otra.

<sup>365</sup> Código Civil de Chile, art. 3 (1).

<sup>366</sup> K.N. Llewellyn, "The Bramble Bush", 36 (1951); R. Dworkin, "Taking Rights Seriously", 113 (1978).

<sup>367</sup> Véase, por ejemplo, Merryman, *supra* nota 66, págs. 50-51; Karst, *supra* nota 33, pág. 62.

<sup>368</sup> Schlesinger, "Comparative Law: Cases, Text, Materials" 158 n. 3 (2ª ed., 1959); Colliers, "Precedent and Legal Authority: A Critical History", 1988 *Wis. L. Rev.* 771, 823; G. Certoma, "The Italian Legal System", 86 (1985).

<sup>369</sup> E. Morales Robles, "IV Explicaciones de Derecho Procesal", 180 (Santiago, Chile, 1987) (clase transcrita del Prof. Mario Mosquera Ruiz); de aquí en adelante citado como "IV Explicaciones".

como si no hubiera un pasado para el juez superior chileno, sino que solamente los hechos del caso y las palabras de la ley.

Esta costumbre se alimenta por el hecho de no fomentar el interés en la compilación y el reportaje de la jurisprudencia,<sup>370</sup> aunque uno se pregunta si la verdadera causal no estará en el otro extremo de la cadena, o sea, si la circunstancia de no existir sistemas adecuados de compilación impide citar precedente pertinente al caso. Ciertamente el estilo formalizado de escribir las opiniones judiciales no promueve el uso de la doctrina judicial. Las Cortes de Apelaciones no escriben opiniones completas, sino que generalmente reforman o sustituyen párrafos específicos o partes de la decisión de alzada que ellas creen que necesitan corrección, sea en cuanto a la determinación de hechos o a la del derecho. Para comprender la decisión de apelación en forma completa y precisa, habría que desenterrar del archivo el fallo que provocó la apelación. Naturalmente, esto es demasiado penoso como para ser factible.

El juez de apelación chileno puede defender su práctica de ignorar la sentencia precedente, al remitirse al artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, el cual, de manera oblicua, limita al juez a los códigos, las leyes y los "principios de equidad", en el proceso decisional (la norma citada le obliga a hacer referencia a las leyes o principios de equidad que ha utilizado para llegar a su fallo). Este argumento sería espurio. En todos los sistemas legales maduros se entiende que los tribunales deben juzgar casos iguales con el mismo criterio.

Verdaderamente, la "igualdad ante la ley" es el segundo derecho consagrado en la Declaración de Derechos Humanos de Chile.<sup>371</sup> Así, los principios de equidad deben incluir un mínimo esfuerzo para resolver el presente caso, hasta donde sea posible, al igual que resoluciones pasadas y también para aplicar las leyes con uniformidad. Además, siempre es pertinente saber a qué conclusiones la ley y la equidad han llevado a los jueces, en casos similares anteriores, y en particular cuáles fueron las normas de justicia citadas y aplicadas y en qué manera.

Esto se puede hacer sin atribuir una fuerza obligatoria a las decisiones judiciales pasadas. Si el tribunal actual puede llegar a un balance equitativo diferente, o poner un brillo diverso en un artículo del código, o aplicar las normas legales a ciertos hechos de una manera distinta, ello lo haría completamente consciente de los argumentos en contrario, que convencieron a otro tribunal.

Todo lo que he dicho sencillamente podría ser una sutileza, si el jurista chileno fuera capaz de obtener resultados correctos y consistentes, sin referirse

<sup>370</sup> Por ejemplo, en Chile no existe una compilación de derecho judicial semejante al resumen de derecho estatal de los Estados Unidos, *Corpus Juris*, Am. Jur., ALR, textos y manuales. Existen algunos códigos comentados, en los cuales se contiene una lista de las decisiones de los tribunales, junto a las cuales se citan los artículos pertinentes del código. Estos códigos no son de fácil adquisición y solamente pudimos examinar algunos de ellos, que se encuentran bajo llave en la Biblioteca de la Asociación de Abogados de Chile. Sólo recientemente se ha comenzado a computarizar las fuentes del derecho y actualmente existe una pequeña base de información y terminales en los tribunales chilenos. En contraposición, en Italia, según pudimos observar en julio de 1988, existe una base de datos bastante extensa y más accesible para los abogados romanos. Aparentemente, la falta de herramientas de investigación legal es común en Sudamérica. Karst, *supra* nota 33, pág. 65. La situación chilena se repite en otros países de Europa. Schlesinger, *supra* nota 2, pág. 330.

<sup>371</sup> Constitución de Chile, art. 19, párrafo 2.

a los esfuerzos de sus antepasados. Esto ocurriría si Chile fuera una Meca jurisprudencial, donde las leyes fueran tan claras en propósito y expresión y tan comprensivas en cuanto a que todos los conflictos humanos traídos ante los tribunales de justicia fueran precisa y uniformemente juzgados.

Por supuesto, este no es el caso, las normas chilenas tienen una porción de ambigüedades, vacíos, contradicciones y propósitos contrapuestos. Se sospecha que si los millares de apelaciones que llegan a los tribunales superiores chilenos cada año<sup>372</sup> fueran similares, existirían conflictos dramáticos y fuertes.

Como un ejemplo modesto, uno se pregunta cómo los tribunales de apelación pueden juzgar racionalmente el monto de los daños morales<sup>373</sup> en un caso particular de daños y perjuicios, sin conocer el monto fijado para los resarcimientos, frente a casos similares.<sup>374</sup>

Finalmente, la falta de valor que en el sistema chileno tiene la sentencia precedente tiene dos costos adicionales, por lo menos desde la perspectiva de los Estados Unidos. La primera, es la oportunidad para que la magistratura pueda articular y promulgar valores públicos.<sup>375</sup>

La mayoría de los jueces superiores de los Estados Unidos son inmunes al control del electorado y pueden identificar, articular y auspiciar importantes valores constitucionales y otros valores públicos, sin temor de las represalias políticas. Los jueces chilenos son empleados de carrera y dentro de la tradición de los sistemas europeos de ley civil<sup>376</sup> disfrutaban de una libertad de acción semejante.<sup>377</sup>

<sup>372</sup> En el año 1986 las Cortes de Apelaciones de Chile emitieron 184.960 sentencias, en tanto que la Corte Suprema. 4.769. Véase "Discurso de Inauguración del Año Judicial 1987", *Rev. de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 83, págs. X-XI (1987); de aquí en adelante citado como "Discurso 1987". El lector debe tener presente que en el sistema chileno se admite la apelación de sentencias interlocutorias. Véase texto que acompaña notas 388-390, *infra*.

<sup>373</sup> Los "daños morales", en el concepto de la tradición de la ley civil, comprenden una mezcla de daños no pecuniarios, en los cuales se incluye el daño a los sentimientos del afectado. 2 K. Zweigert y H. Kotz, "Ann Introduction to Comparative Law", 284 (1977).

<sup>374</sup> Véase, por ejemplo, Jacinto Jeldes (Dic. 30, 1985, Corte Ap., Santiago), *Rev. de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 82 (1986), III, N° 2, pág. 129.

<sup>375</sup> Barros, "Funciones del Derecho y Métodos de Argumentación Jurídica: Reflexiones Sobre el Positivismo y Legalismo Chileno", en *Cultura Jurídica*, *supra* nota 364, págs. 105, 115; O. Fiss, "The Supreme Court, 1978 Term-Foreword: The Form of Justice", 93 *Harv. L. Rev.* 1, 5-17 (1979); Edwards, "Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?", 99 *Harv. L. Rev.* 668, 676 (1986).

<sup>376</sup> Por ejemplo, "Civil Procedure in Spain", *supra* nota 19, pág. 403; G. Certoma, "The Italian Legal System", 71-75 (1985); P. Herzog, "Civil Procedure in France", 124-36 (1967); R. B. Ginsburg y A. Bruzelius, "Civil Procedure in Sweden", 98-104 (1965); A. Von Mehren y J. Gordley, "The Civil Law System", 1146-49 (2ª ed. 1977), de aquí en adelante, citado como "The Civil Law"; *id.* pág. 1161.

"Algunas de las teorías francesas contemporáneas sobre las decisiones judiciales ofrecen bastante estímulo para crear legislación de origen judicial; en contraposición, el sistema francés de reclutamiento y perfeccionamiento de los jueces no tiende a atraer al tipo de personas que probablemente van a explotar al máximo las posibilidades ofrecidas".

<sup>377</sup> Constitución de Chile, art. 77, párrafo 1.

Pero, aparentemente, su "status burocrático" disminuye su derecho al papel de oráculo.<sup>378</sup>

La segunda oportunidad perdida, es una de simple conveniencia. Cada juez chileno tiene que inventar nuevamente la rueda, en cada cuestión legal que se presenta. Pierde la labor difícil de sus colegas, quienes ya han trabajado sobre la misma cuestión.<sup>379</sup> Nos causó gracia el reporte de un caso en que un juez de primera instancia tuvo que determinar en un fallo el monto de daños morales, un ingrediente normal de las obligaciones extracontractuales de la ley civil, y escribió varios párrafos (que uno sospecha son las notas que tomó como estudiante de derecho) determinando si estos daños podrían ser compensados y el contenido de los mismos.<sup>380</sup>

Sospechamos que la dificultad de localizar sentencias precedentes anteriores es tan importante en Chile para la explicación de la ausencia de la doctrina de precedente, como la teoría de la supremacía legislativa. Las opiniones jurídicas son publicadas selectivamente por el directorio editorial de la Revista de Derecho y Jurisprudencia. Por eso, la mayoría del cuerpo de precedente potencial desaparece.

También existen códigos con anotaciones (digestos de opiniones jurídicas), pero solamente están disponibles para un porcentaje muy pequeño de la abogacía. Las investigaciones por computadoras están en su infancia, las bases de datos y las terminales están comenzando a aparecer en estos momentos.

En resumen, el ejercicio de la profesión de abogado está en gran parte basado en los códigos. Libros chiquitos, azules y desgastados, conteniendo los códigos u otras compilaciones de la *corpus iuris* chilena, son omnipresentes en los círculos legales.

La memorización y regurgitación de sus contenidos son los ingredientes principales de la pedagogía legal. Después de egresar de la facultad de derecho y transcurridos algunos años de ejercicio de la profesión, los abogados pueden recitar palabra por palabra, grandes partes de este corpus. Esto parece ser natural para un sistema que pone énfasis en encontrar la regla correcta y en aplicarla silogísticamente a los hechos de que se trata.

El enfoque chileno de sentencia precedente no necesariamente es el mismo en todo el hemisferio sur. Por ejemplo, Venezuela fomenta la uniformidad doctrinal a través del recurso de casación.<sup>381</sup> En el proceso de juzgar un caso "los jueces de instancia procurarán acoger la doctrina de casación establecida en casos análogos, para defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia".<sup>382</sup>

<sup>378</sup> Véanse citas en la nota 376, supra. Para conocer un debate interesante sobre la calidad de una judicatura de profesión, compare Allen, Kock, Riechenberg y Rossen, "The German Advantage in Civil Procedure: A Plea for More Details and Fewer Generalities in Comparative Scholarship", 82 Nw. U. L. Rev. 705, 745-61 (1988), con Langbein, "Trashing the German Advantage", 82 Nw. U. L. Rev. 763, 779-83 (1988).

<sup>379</sup> K.N. Llewellyn, "The Bramble Bush", 64-66 (1951).

<sup>380</sup> Jacinto Jeldes (Dic. 30, 1985, Corte Ap., Santiago), Rev. de Derecho y Jurisprudencia, vol. 82 (1986), III, N° 2, pág. 129.

<sup>381</sup> Para la discusión sobre la casación, véase texto que acompaña notas 461-480, infra.

<sup>382</sup> Código de Procedimiento Civil Venezolano, art. 321. En Colombia, el recurso de casación tiene como "fin primordial, unificar la jurisprudencia nacional". Código Colombiano, art. 365.

Además, Argentina tiene un proceso especial de apelación: el recurso de "inaplicabilidad de la ley", invocable cuando la sentencia de un juez inferior o una sala de la Corte alta contradice la doctrina legal establecida por esa Corte o por una Corte superior.<sup>383</sup> Una mayoría de los jueces en la Corte, al dictar la resolución, pueden reconsiderar la cuestión en un tribunal plenario. La interpretación de la ley de la Corte completa en tal caso, se convierte en sentencia precedente obligatoria para esa Corte y sus inferiores, hasta que sea modificada o revocada por una nueva sentencia del tribunal pleno.<sup>384</sup>

### B. Normas generales de apelación

Chile y los Estados Unidos tienen reglas totalmente diferentes en relación a la clasificación de las resoluciones judiciales apelables. La regla de finalidad domina en la mayoría de los estados de EE.UU.<sup>385</sup> y en el sistema federal también.<sup>386</sup>

Para prevenir la revisión parcial y la postergación inmoderada, esta regla de finalidad permite que la apelación proceda solamente respecto de sentencias definitivas, esto es, una decisión del tribunal que pone fin al asunto y no deja nada por hacer, excepto ejecutar la sentencia.<sup>387</sup>

Todas las resoluciones judiciales anteriores a esta sentencia definitiva son consideradas interlocutorias y, por lo tanto, no pueden ser apeladas.

Chile, en general, revierte la práctica de los Estados Unidos y hace inmediatamente apelables<sup>388</sup> todas las resoluciones que no tengan el carácter de sentencia definitiva y que podrían afectar el fondo del asunto.<sup>389</sup> Con el objeto de no paralizar los pleitos, cuando se permite una revisión parcial del proceso, Chile autoriza al tribunal inferior para continuar conociendo del asunto, a menos que el tribunal superior ordene la suspensión en tanto se disputa el asunto que dio origen a la apelación.<sup>390</sup>

<sup>383</sup> Código Argentino, arts. 288-303.

<sup>384</sup> Código Argentino, art. 303.

<sup>385</sup> M. Rosenberg, H. Smith y H. Korn, "Elements of Civil Procedure", 1115 (4ª ed., 1985). Véase, por ejemplo, Pa. R.A.P. 341 (a) ("orden final" de agencia administrativa o del tribunal inferior); *Hoberman v. Lake of Isles*, 138 Conn. 573, 87 A 2d 137 (1952).

<sup>386</sup> 28 U.S.C. Nº 1291 (1982) ("decisión final" de las cortes de distrito).

<sup>387</sup> *Catlin v. United States*, 324 U.S. 229, 233 (1945); *United States v. Feeney*, 641 F. 2d 821 (10ª Cir. 1981); *Gavlik Construction v. H.F. Campbell Co.*, 526 F. 2d 777, 781-83 (3ª Cir. 1975).

<sup>388</sup> He usado la palabra "apelación" en un sentido no técnico, para cubrir todas las formas de revisión de causas por las cortes superiores; sin embargo, hay que tener presente que en Chile "apelación" y "revisión" constituyen dos recursos distintos y específicos.

<sup>389</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 158, 187. En comparación, el sistema venezolano permite la apelación de sentencias interlocutorias, solamente cuando estas resoluciones produzcan un "gravamen irreparable". Código Venezolano, art. 289.

<sup>390</sup> En Chile se permite que la apelación se conceda en el solo efecto devolutivo (Código de Procedimiento Civil, art. 192) y muchas veces el código especifica cuáles son las apelaciones que producen este efecto. Véase, por ejemplo, Código de Procedimiento Civil, art. 100 (acumulación de causas); 112 (competencia); 132 (apelación de la sentencia que acepta el privilegio de pobreza); 159 (período de dictación de medidas para mejor resolver); 194 (1) (resoluciones dictadas en juicios sumarios); 194 (2) ("autos", decretos y sentencias interlocutorias); 194 (4) (resoluciones que ordenan alzar medias precautorias), 241 (ejecución de sentencias), 307 (objeciones preliminares), 319 (puntos de prueba), 366 (interrogación de testigos).

Las generalidades antes consignadas simplifican notoriamente la serie de normas complejas y extensas que se contienen en ambos sistemas jurídicos. Tomaría un volumen y meses de estudio para entender y explicar las reglas chilenas de apelación. Son tan superpuestas y ambiguas, que comprender cuál resolución judicial es inmediatamente revisable, resulta ordinariamente una tarea ardua y a veces imposible.

Existen, en general, cinco clases de resoluciones,<sup>391</sup> de las cuales las tres primeras son apelables.<sup>392</sup> Primero, la sentencia definitiva, la que finaliza la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido materia del juicio. Esto es relativamente fácil de comprender: sentencias que determinan el fondo del asunto y finalizan el caso.

En segundo lugar están las sentencias interlocutorias de primera clase. Estas son resoluciones judiciales que establecen derechos permanentes a favor de las partes. La lógica interna de las definiciones es tal, que el derecho debe comprender lo procesal y, además, lo sustantivo. Por ejemplo, si la acción fuera desechada por falta de competencia en relación a la materia, la capacidad de una parte o un defecto en la demanda, esto le daría a la parte ganadora la posesión de un derecho procesal y, por medio de eso, le proporcionaría una oportunidad de apelación al perdedor.

La segunda clase de sentencias interlocutorias se refiere a aquellas que sirven de base para dictar una sentencia definitiva o una sentencia interlocutoria. Esto parece alcanzar los hechos que ocurren antes de determinar el fondo del asunto o antes del establecimiento de derechos permanentes, los cuales son fundamento o son esenciales para tales acciones finales. Buenos ejemplos de esta clase pueden ser la acción de un juez determinando las preguntas que le vayan a hacer al testigo<sup>393</sup> o resolviendo una moción para descalificar a un testigo.<sup>394</sup>

Las dos clasificaciones restantes son de resoluciones que típicamente no son apelables. Uno de ellos es el "auto". Un auto es una decisión que no está comprendida en ninguna de las tres primeras categorías, o sea, las sobras. Finalmente existe el "decreto", que tiene como único objetivo la determinación o fijación del curso de los autos. El decreto parece ser una actuación judicial sua sponte, de índole ejecutiva, porque a diferencia del auto, no se emite el decreto para resolver un incidente.

Este concepto procesal, el "incidente", corresponde a un asunto accesorio al procedimiento, en el cual una parte hace valer un derecho procesal, opuesto al de otras, y que normalmente requiere de una audiencia.<sup>395</sup> Del incidente surge una resolución judicial que podría ser una sentencia interlocutoria apelable de prime-

---

El apelante podrá solicitar al tribunal superior la dictación de una orden de no innovar, lo cual produce el efecto de paralizar el conocimiento de la causa por parte del tribunal inferior, dependiendo de la naturaleza de la orden que se dicte. Código de Procedimiento Civil, art. 292.

Véase también Auto Acordado de la Corte Suprema, sobre Tramitación y Fallo de los Recursos de Queja, (Dic. 1, 1972, N° 6-8, en Código Orgánico de Tribunales págs. 311, 319-20), en que se paraliza el procedimiento en el tribunal inferior.

<sup>391</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 158.

<sup>392</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 187.

<sup>393</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 365, 366.

<sup>394</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 373.

<sup>395</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 82.

ra o segunda clase o quizás un auto inapelable, dependiendo del impacto de la resolución en el fondo del asunto o en las partes.

¡Vaya! Hay que tenerles piedad a los jueces chilenos de primera instancia que tienen que aplicar estas múltiples y esponjosas definiciones a cada una de sus decisiones diarias. Se sospecha que al nivel de operación, los jueces han podido, a través de los años, clasificar tales decisiones, al menos las comunes. Además, la legislatura a veces los ayuda al insertar reglas de apelación en un sinnúmero de procesos descritos en los códigos.<sup>396</sup> La regla de la sentencia final de los Estados Unidos borra mucha de la complejidad chilena, al igual que la regla típica en que una vez planteada la apelación el tribunal inferior pierde su jurisdicción.<sup>397</sup> Sin embargo, las distinciones entre los dos sistemas jurídicos se empañan considerablemente cuando uno considera las muchas excepciones judiciales y legales a la regla norteamericana de finalidad.

Como ejemplos, un auto de mandamus puede ser dictado por las Cortes para evacuar un mandamiento interlocutorio, cuando el juez inferior ha violado un claro deber legal<sup>398</sup> o ha cometido un obvio abuso de discreción.<sup>399</sup> Mientras aquel auto está destinado a situaciones extraordinarias, los ejemplos citados ofrecen flexibilidad para intervenir en el nombre de la justicia, particularmente de la forma en que son aplicados en los tribunales estatales de los Estados Unidos.<sup>400</sup>

Otra excepción la constituye el caso en que se permite la revisión de resoluciones de tribunales inferiores, que tienen demasiada importancia como para negar su revisión inmediata, por estar en directa relación con los méritos del caso y por no poder corregirse a través de la revisión de la sentencia final.<sup>401</sup> Estas excepciones son escasamente autoejecutables, ellas requieren de clasificaciones difíciles, como en el caso chileno.

El lector no encuentra en los párrafos precitados, ni derecho claro, ni comparación refinada. Pero nuestro esfuerzo descriptivo sirve a un propósito importante, cual es el de mostrar el rostro de la ley civil, con definiciones y clasificaciones, respecto de las cuales ordinariamente se declara que tienen niveles extraordinariamente altos de generalidad.

Los abogados chilenos, a los que hemos preguntado sobre estas reglas de apelación, instantáneamente fueron capaces de recitarlas casi literalmente. Esto refleja el modo de lectura-memorización de la educación legal en Chile,<sup>402</sup> al igual que en Europa<sup>403</sup> y en otras partes de Sudamérica.<sup>404</sup>

Cuando los sondeamos con casos y problemas hipotéticos, el abogado chileno pasó rápidamente de dogma a duda, confusiones producto de la alta abstracción del dogma aprendido de memoria.

<sup>396</sup> Por ejemplo, Código de Procedimiento Civil, arts. 31, 88, 90, 107, 126, 181, 319.

<sup>397</sup> Por ejemplo, *Apostol v. Gallion*, 870 F. 2d 1335, 1337 (7<sup>th</sup> Cir. 1989): "Como regla, sólo un tribunal puede conocer de un determinado caso". Pa. R.A.P. 1701 (a).

<sup>398</sup> "Civil Procedure", *supra* nota 118, pág. 595.

<sup>399</sup> *A. Olnick & Sons v. Dempster Bros Inc.*, 365 F. 2d 439, 443 (2<sup>nd</sup> Cir. 1966).

<sup>400</sup> "Procedimiento Civil", *supra* nota 118, pág. 595 n. 31.

<sup>401</sup> Por ejemplo, *Cohen v. Beneficial Loan Corp.*, 337 U.S. 541, 546 (1974).

<sup>402</sup> Lavados, "El Conocimiento Jurídico y su Cultivo y Difusión en las Facultades de Derecho", en *Cultura Jurídica*, *supra*, nota 364, págs. 117, 120.

<sup>403</sup> "The Civil Law", *supra* nota 376, pág. 1139; Von Mehren, "The Judicial Process: A Comparative Analysis", 5 *Am. J. Comp. L.* 197, 210-11, (1956).

<sup>404</sup> Karst, *supra* nota 33, págs. 66-69.

Como en los Estados Unidos,<sup>405</sup> Chile pone límites de tiempo para apelar, utilizando en sus códigos el adjetivo de "fatal".<sup>406</sup> Una diferencia, menor en teoría pero mayor en la práctica, es el límite de tiempo para apelar de una sentencia definitiva. En Chile se le otorgan al abogado sólo diez días, que corren desde la fecha de la notificación.<sup>407</sup> Antes de 1988 el plazo era aún más corto (cinco días), pero fue alargado para darles a los abogados el tiempo necesario para satisfacer un nuevo requisito, cual es el de incluir en el escrito de apelación los fundamentos de hecho y de derecho que apoyan el recurso.

Esto se compara a los treinta días dados en los Estados Unidos.<sup>408</sup> El plazo chileno sería imposiblemente corto en aquellas jurisdicciones en donde, primero, es común colocar la apelación en las manos de un abogado nuevo, segundo, el recurso involucra gastos significativos al cliente, y tercero, las sanciones aplicadas por peticiones frívolas pueden ser severas.<sup>409</sup>

Puede suponerse que ninguna de estas condiciones se da en Chile y que no es posible obtener una decisión rápida sin apelar; aunque se plantea la duda de si un plazo tan corto no fomentará la interposición de este recurso.<sup>410</sup>

### C. Apelación

Como en los Estados Unidos, en Chile la "apelación" es el modo tradicional de traer un asunto de primera instancia, al nivel apelativo,<sup>411</sup> aunque una recién llegada, la queja, lo está reemplazando rápidamente.<sup>412</sup> La Corte de Apelaciones, por lo general, es una de las diecisiete que se encuentran a nivel intermedio.<sup>413</sup> Sin embargo, una Corte de Apelaciones podría constituir primera instancia, como en el caso de un recurso de protección que se ha presentado ante ella.<sup>414</sup> Se busca entonces el recurso ante la Corte Suprema chilena como segunda instancia.

En 1986 en Chile se ingresaron 1.524 apelaciones en las Cortes, de las cuales 32% constituyeron apelaciones propiamente tales y el resto, son quejas (2.263: 47%).<sup>415</sup>

En ambas, teoría y práctica, la revisión por la Corte de Apelaciones chilena se espera como una etapa normal en la tramitación regular del litigio. La Corte

<sup>405</sup> Véase, por ejemplo, J. Landers, J.A. Martin, S. Yeazell, "Civil Procedure", 879 (2ª ed., 1988).

<sup>406</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 189.

<sup>407</sup> *Id.*

<sup>408</sup> Por ejemplo, Fed. R. App. P. 4 (a): Pa. R.C.P. 903 (a).

<sup>409</sup> Véase, por ejemplo, Pa. R.A.P. 2744 (honorarios razonables por asesoría legal y daños por atrasos); Fed. R. App. P. 38 ("daños justos" y costos singulares y dobles para el apelado).

<sup>410</sup> Tomando en cuenta las 189.606 sentencias dictadas por las 16 Cortes de Apelaciones chilenas (véase el texto que acompaña nota 424 *infra*), uno se pregunta si en Chile cualquier apelación es considerada "frívola".

<sup>411</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 186-230 (reglas de apelación); Código Orgánico de Tribunales, arts. 54-92 (Cortes de Apelaciones).

<sup>412</sup> Véase texto que acompaña notas 442-460, *infra*.

<sup>413</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 187.

<sup>414</sup> Véase texto que acompaña notas 505-525, *infra*.

<sup>415</sup> "Discurso 1987", *supra* nota 372, pág. X.

puede revocar la sentencia por error de hecho o de derecho, con pocas restricciones técnicas.<sup>416</sup>

Chile desconoce el concepto norteamericano de que sólo una determinación de hecho claramente errónea es revocable,<sup>417</sup> o aquel en que la evidencia sustancial basta para apoyar la sentencia de primera instancia.<sup>418</sup> Estas doctrinas en los Estados Unidos protegen todas las determinaciones de hecho del tribunal inferior, con excepción de las más atroces. Un profesor chileno de derecho ha declarado que la apelación produce mayor certidumbre legal y exactitud, por sustituir las opiniones de un juez inferior, por la de una terna.<sup>419</sup>

También se puede decir que las determinaciones de hecho del juez de primera instancia merecen menos respeto en el sistema chileno, porque la credibilidad de los testigos juega un papel pequeño,<sup>420</sup> la decisión está basada, en su mayor parte, en un expediente escrito que también está disponible para los jueces del tribunal superior. Sin embargo, en el sistema civil, donde el valor precedencial de las decisiones de Cortes superiores se desconoce, no existe la distinción profundamente marcada en los Estados Unidos, entre los creadores del derecho: las Cortes de Apelaciones, y los aplicadores del derecho: los tribunales de primera instancia.<sup>421</sup>

En cuanto a la revisión de hechos, sin embargo, la realidad operacional puede apartarse marcadamente del libro de texto. El abogado chileno parece apelar automáticamente cada decisión significativa que le sea adversa, concordando con los teóricos en que dos mordiscos a la manzana son mejores que uno.<sup>422</sup>

En 1986, un total aproximado de 189.606 revisiones se registraron en las 16 (ahora 17)<sup>423</sup> Cortes de Apelaciones chilenas.<sup>424</sup> Esto viene a constituir una apelación por cada 62 chilenos, haciendo en contraste parecer una familia feliz, a los supuestamente litigiosos norteamericanos. Estas apelaciones (que desafortunadamente no están separadas por tipo en la Recopilación) fueron oídas por 29 salas de tres jueces superiores, produciendo una cantidad increíble de trabajo: 6.538 apelaciones por sala, 18 cada día del año si los ministros trabajaran sin descansar.

Aparecería, entonces, que los jueces sencillamente no tienen tiempo para leer cuidadosamente el expediente del caso apelado. En efecto, los hechos del caso

<sup>416</sup> Bajo el sistema de ley civil, "la corte de revisión concibe su función, como la de decidir nuevamente respecto del fondo de la causa". Herzog y Karlen, "Attacks on Judicial Decisions", en M. Cappelletti, ed., "International Encyclopedia of Comparative Law: Civil Procedure", vol. XVI, cap. 8, Nº 8-50, pág. 26 (1982); de aquí en adelante citado como "Herzog".

<sup>417</sup> Por ejemplo, Fed. R. Civ. P. 52 (a): La apreciación de los hechos en un juicio por el juez sólo puede abrogarse cuando es "claramente errónea".

<sup>418</sup> Esta es la norma clásica de revisión de determinaciones de agencias administrativas. Véase B. Schwartz, "Administrative Law", 606 (2ª ed., 1984).

<sup>419</sup> "IV Explicaciones", *supra* nota 369, pág. 41. Véase también Herzog, *supra* nota 416, pág. 26 n. 135 ("una garantía esencial para la buena administración de justicia").

<sup>420</sup> Véase texto que acompaña notas 305-309, *supra*.

<sup>421</sup> Fed. R. Civ. P. 52 (a), nota del comité de asesoramiento (enmienda de 1985).

<sup>422</sup> Compare Chase, "Civil Litigation Delay in Italy and the United States", 36 Am. J. Comp. L. 41, 47 (1988): el porcentaje de apelación en Italia es del 50% de los casos.

<sup>423</sup> Véase Código Orgánico de Tribunales, art. 54.

<sup>424</sup> "Discurso 1987", *supra* nota 372, pág. XI.

son resumidos y presentados oralmente a la sala por un oficial de la Corte llamado "relator".<sup>425</sup> Aunque no hay datos recopilados, es posible conjeturar que en un sistema como éste se producirán pocas revocaciones basadas en los hechos.

Esta conclusión se refuerza por la práctica apelativa chilena de depender de los argumentos orales y no de los argumentos escritos de los abogados. Realmente, los abogados especializados en apelaciones en los Estados Unidos se sorprenderán cuando se enteren de que las defensas escritas están prohibidas.<sup>426</sup> Hemos observado audiencias de apelación y podemos decir con seguridad que ninguno de los dos, ni la argumentación oral de los abogados, ni la recitación de los hechos por los relatores, es conducente a una revisión profunda de los hechos, salvo en los casos más sencillos. En la tradición de la ley civil, los tribunales de apelación están autorizados para recibir nueva evidencia,<sup>427</sup> pero en Chile este poder está severamente circunscrito. Las Cortes pueden recibir nueva prueba, en los siguientes casos: 1) prueba referente a las excepciones de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo,<sup>428</sup> 2) instrumentos públicos, es decir, prueba documental especialmente reconocida<sup>429</sup> la que puede presentarse en cualquier momento, antes de la vista de la apelación,<sup>430</sup> 3) en apelación se permite a cada parte, sólo una vez, solicitar que la contraparte sea citada a absolver posiciones,<sup>431</sup> y 4) puede recibirse prueba testimonial durante la apelación, cuando la Corte declara que tal prueba no pudo obtenerse durante las diligencias probatorias de primera instancia y que la nueva evidencia es estrictamente necesaria para la acertada resolución de la controversia.<sup>432</sup>

Las diligencias probatorias ante la Corte de Apelaciones pueden ser rendidas ante un solo miembro de la sala en la que se encuentra radicada la apelación.<sup>433</sup> Nos han dicho los ministros que la rendición de diligencias probatorias durante la apelación es un suceso raro, a pesar de los derechos teóricos ya enumerados. Dada la enorme carga de casos, se esperaba un cierto desagrado ministerial, si los litigantes piensan rendir nuevas pruebas.

En Chile, el papel de los abogados es prácticamente el inverso al de la práctica de apelación en los Estados Unidos, en que son comunes los escritos legales detallados y a los argumentos orales cortos, estos últimos interrumpidos constantemente por las preguntas de la magistratura.

En Chile, los abogados no presentan escritos de apelación, más bien constituyen declaraciones sumariales en relación a sus argumentos de derecho. Pero, subsiguientemente, se les permite argumentar sin interrupciones hasta una hora en las apelaciones de sentencias definitivas y hasta treinta minutos en las apela-

<sup>425</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 372 (3).

<sup>426</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 226. En Chile, a diferencia de algunos países de habla hispana, un alegato no es el escrito presentado por un abogado, sino que una argumentación oral.

<sup>427</sup> Merryman, *supra* nota 66, pág. 127.

<sup>428</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 207, 310.

<sup>429</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 342-355; texto que acompaña las notas 331-334, *supra*.

<sup>430</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 207, 348.

<sup>431</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 207, 385. Véase texto que acompaña las notas 323-330, *supra*.

<sup>432</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 207.

<sup>433</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 325.

ciones interlocutorias.<sup>434</sup> Un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, que tiene alguna experiencia en la práctica en los Estados Unidos, plantea a menudo preguntas suaves a los abogados chilenos, para su sorpresa y consternación. ¡Varios de los colegas de este ministro dudan de su desviada práctica importada!

Un último punto de distinción merece atención: inicialmente, la apelación chilena es revisada por el juez que dictó la resolución recurrida.<sup>435</sup> Este juez da o no lugar a la apelación, dependiendo de si la resolución particular es apelable, de si se ha presentado en tiempo oportuno, y de si los papeles de la apelación están en orden. También determina si la apelación es interlocutoria o no. Todas estas actuaciones del juez de primera instancia pueden ser corregidas por la Corte de Apelaciones.<sup>436</sup> En la práctica estadounidense típica, no es necesaria la autorización del tribunal revisado para entablar una apelación, aunque la notificación se registra allí primeramente.<sup>437</sup> En efecto, la regla normal es que la apelación resta jurisdicción al tribunal inferior<sup>438</sup> y si el proceso fuera defectuoso, la Corte superior puede desecharla de oficio o a solicitud de la otra parte.<sup>439</sup>

La práctica chilena corresponde a los casos de apelación excepcional en los Estados Unidos,<sup>440</sup> como aquellos en que se intenta una apelación interlocutoria bajo autoridad especial de ley, por ejemplo, el proceso federal de la pregunta certificada.<sup>441</sup> En estos casos, el tribunal inferior participa al determinar la conformidad del asunto en apelación.

#### D. Recurso de queja

La queja, que traducimos al inglés como grievance,<sup>442</sup> es un recurso original del sistema chileno de múltiples usos, que debe su origen al proceso tradicional para disciplinar a los jueces. La Constitución chilena autoriza a la Corte Suprema para ejercer facultades disciplinarias sobre todos los tribunales de la nación.<sup>443</sup> Esta facultad constitucional es complementada por una facultad disciplinaria específica y por procedimientos contemplados por el Código Orgánico de Tribunales, en que se autoriza para ejercerlas a la Corte Suprema y a las Cortes de Apelaciones.<sup>444</sup>

<sup>434</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 223. Las enmiendas de 1988 (véanse citas en la nota 596, *infra*) redujeron el período de argumentación oral a la mitad. En relación a la casación, véase texto que acompaña notas 461-480, *infra*: cada abogado tiene dos horas para argumentar una casación en el fondo y una hora para la casación en la forma. Código de Procedimiento Civil, art. 783.

<sup>435</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 196.

<sup>436</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 203.

<sup>437</sup> Véase, por ejemplo, Fed. R. App. P. 3; Pa. R.A.P. 902.

<sup>438</sup> Por ejemplo, Pa. R.C.P. 1701 (a).

<sup>439</sup> Fed. R. App. P. 27 (a); Internal Operating Procedures for the Commonwealth Court, Nº 221 (Abril 1985), en "Pennsylvania Rules of Court", 281 (1988); Rules of the United States Court of Appeals for the Third Circuit, cap. 10, párrafo D (Mayo 1983) en "Pennsylvania Rules of Court: Federal 24" (1988).

<sup>440</sup> Fed. R. Civ. P. 54 (b).

<sup>441</sup> Véase, por ejemplo, 28 U.S.C. Nº 1292 (b) (1987).

<sup>442</sup> En cuanto la palabra "complaint" parece ser más natural para describir la queja, ella ya se usa para describir la primera alegación del demandante en los Estados Unidos.

<sup>443</sup> Constitución de Chile; art. 79.

<sup>444</sup> Código Orgánico de Tribunales, arts. 66, 96 (4), 535, 541.

El código enumera las clases de conducta sujetas a la disciplina: una categoría es la conducta inmoral o falta de ética, como faltarle de palabra a sus superiores, abusar de empleados, ser negligente en el cumplimiento de sus deberes, incurrir en actos inmorales, incurrir en deudas personales excesivas y actuar con favoritismo en los nombramientos.<sup>445</sup>

Una segunda categoría cubre la acción judicial abusiva, como los casos de retrasos inexcusables en dictar sentencias y resoluciones,<sup>446</sup> la ausencia de audiencias a las que el mismo juez ha citado, y el ordenar medidas precautorias manifiestamente injustificadas.<sup>447</sup> Las sanciones que pueden imponerse por cualquiera de las conductas enumeradas incluyen la amonestación privada, la censura por escrito, el pago de las costas, multas y suspensión con medio sueldo por cuatro meses o menos.<sup>448</sup>

Estas penalidades se establecen solamente para los casos de conductas judiciales que constituyan faltas o abusos, por incurrir en alguna de las categorías ya mencionadas o por actuar de manera similar a lo que ellas señalan. Los crímenes, incluyendo los delitos menores, no están sujetos a este régimen, sino que solamente la conducta ubicada entre lo correcto y lo criminal.<sup>449</sup>

A través de los años el proceso disciplinario llegó a incluir los casos de simple error judicial en el procesamiento normal de causas y en las sentencias. En 1962 la Corte Suprema chilena autorizó esta práctica, al dictar un Auto Acordado que formalizó el recurso de queja como un procedimiento apelativo excepcional.<sup>450</sup>

El recurso tiene características atractivas. En primer término, no tiene las trabas de los tecnicismos, esto se traduce en que cualquier acción judicial está sujeta a la posibilidad de una queja inmediata, por el sencillo procedimiento de: 1) pagar en arcas fiscales una cantidad modesta, 2) acompañar un certificado expedido por el secretario del tribunal, con la fecha en que se notificó a las partes la resolución que motiva el recurso, el número del proceso en que fue dictada la resolución y la información básica del caso, y 3) presentar un escrito en el cual se describe la acción respecto de la cual el agraviado está recurriendo y una copia o resumen de ello.<sup>451</sup>

El agraviado, aparentemente, no tiene que especificar la base legal de su recurso. Si la queja es oportuna, dentro del plazo fatal de cinco días desde la notificación de la resolución,<sup>452</sup> y cumple con los sencillos requisitos antes descritos, la Corte superior ordena a la inferior que rinda un informe de su acción, dentro del plazo de ochos días.<sup>453</sup>

<sup>445</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 544.

<sup>446</sup> Los jueces de tribunales inferiores remiten mensualmente el estado de las causas que se llevan ante su tribunal, al ministro que les corresponda, en su respectiva Corte de Apelaciones. Código Orgánico de Tribunales, art. 586.

<sup>447</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 545.

<sup>448</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 537.

<sup>449</sup> *Id.*

<sup>450</sup> Auto Acordado de la Corte Suprema, sobre Tramitación y Fallo de los Recursos de Queja, Dic. 1. 1977, publicado en el Código Orgánico de Tribunales, pág. 317. De aquí en adelante citado como "Auto".

<sup>451</sup> Auto, *supra* nota 450, en N° 1.

<sup>452</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 549; Auto, *supra* nota 450, en N° 2.

<sup>453</sup> *Id.* en N° 3.

Aparentemente, este informe no necesita contener la justificación legal para la acción. La Corte superior también determina si el procedimiento de primera instancia puede continuar mientras se revise el recurso<sup>454</sup> o si se paraliza su conocimiento. El recurso es colocado para su vista por la Corte antes de las apelaciones ordinarias,<sup>455</sup> y se decide rápidamente la queja, teniendo el tribunal la discreción de determinar si se escucharán alegatos de las partes.<sup>456</sup> El fallo que decide en favor del recurrente contendrá "las consideraciones que demuestren la falta o abuso, o los errores u omisiones manifiestas y graves que constituyen falta o abuso y que dieron origen a la resolución reclamada y determinará las medidas conducentes a remediar el agravio causado al recurrente".<sup>457</sup> Si el tribunal rechaza la queja, no hay exigencia legal de especificar las razones que motiva el fallo y en la práctica ello tampoco se hace.<sup>458</sup>

Dada la velocidad y sencillez del recurso de queja, no es sorprendente notar que los abogados chilenos lo están utilizando con una frecuencia cada vez mayor. La queja es ahora el recurso apelativo más común en Chile,<sup>459</sup> y es especialmente útil para los abogados que quieren dilatar el procedimiento, ya que la penalidad para el uso frívolo del recurso es nominal y quizás hasta noble: se pierde la consignación, la cual se aplica a beneficio fiscal, a favor de la Junta de Servicios Judiciales.<sup>460</sup>

### E. Casación

En la tradición de la ley civil el recurso de casación es el modo clásico de hacer que un error de derecho llegue a conocimiento de la Corte superior.<sup>461</sup> En el sistema chileno también se lo utiliza para llevar ante la Corte superior los defectos técnicos en un caso determinado.<sup>462</sup> El primero se denomina casación en el fondo, y el último, casación en la forma.

*Casación en el fondo:* Este recurso se interpone ante la Corte Suprema chilena, contra las resoluciones de las Cortes de Apelaciones, con el propósito de invalidar sentencias viciadas por haberse dictado con infracción de ley.<sup>463</sup> La palabra "ley" comprende todas las promulgaciones positivas del Estado, ya que

<sup>454</sup> Simultáneamente con expresar el "agravio", el agraviado deberá solicitar una orden de no innovar, en la cual fundamentará la razón por la cual sería injusto que el tribunal inferior ejecutara la resolución, o bien, expresará que se trata de aquellos casos en que puede ocurrir que una vez ejecutada la resolución, el tribunal superior determine que efectivamente existió agravio y para entonces los efectos de dicha resolución no puedan retrotraerse. *Id.* en Nº 6-8.

<sup>455</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 548.

<sup>456</sup> Auto, *supra* nota 450, en Nº 9.

<sup>457</sup> *Id.* en Nº 12, párrafo 1. Véase también *id.* en Nº 16.

<sup>458</sup> *Id.* en Nº 13, párrafo 2.

<sup>459</sup> Véase texto que acompaña nota 415, *supra*.

<sup>460</sup> Auto, *supra* nota 450, en Nº 22.

<sup>461</sup> Clark & Merryman, *supra* nota 80, pág. 307; Schlesinger, *supra* nota 2, págs. 332-33. Muchos países latinoamericanos han sustituido la casación por una "tercera instancia", lo cual implica una tercera revisión de los hechos y del derecho. Vescovi, *supra* nota 8, pág. 216.

<sup>462</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 764-816.

<sup>463</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 767.

la sentencia precedente no constituye una fuente de derecho en Chile.<sup>464</sup> El error debe haber influido sustancialmente en la sentencia,<sup>465</sup> una norma que imita la regla del error perjudicial de los Estados Unidos.<sup>466</sup> Además, la sentencia inferior debe tener el carácter de inapelable.<sup>467</sup>

Hemos visto que las apelaciones solamente pasan de un tribunal de primera instancia a la Corte superior de éste,<sup>468</sup> por lo tanto, siempre que una Corte de Apelaciones ha actuado como tribunal de primera instancia (como al conocer de un recurso de protección),<sup>469</sup> la vía apropiada para recurrir ante la Corte superior es la apelación.

Cuando la Corte de Apelaciones ha actuado como tribunal de segunda instancia, por ejemplo, tratándose de un recurso contra una resolución de un tribunal de primera instancia, el nivel de revisión siguiente puede estar constituido por la casación o, como ya se ha indicado, por el recurso de queja.<sup>470</sup>

La casación también procede contra las resoluciones de los árbitros de derecho,<sup>471</sup> cuando éstos han actuado como tribunal de segunda instancia.

La casación en el fondo requiere que el derecho litigioso en una controversia civil tenga un valor económico que exceda de las quince unidades tributarias mensuales.<sup>472</sup> Sólo las causas que involucran el estado civil, la capacidad de las personas o aquellas que no sean susceptibles de apreciación pecuniaria están exentas del requisito de obtener un certificado del valor del asunto, emitido por el tribunal inferior.

Los recursos de casación chilenos están incrustados con complejidades procesales que no necesitan detenernos.<sup>473</sup>

Nos han dicho que la Corte Suprema chilena desecha muy rápidamente una petición, cuando ella adolece de un defecto técnico. A causa de que la revisión legal puede obtenerse fácilmente por medio del recurso de queja,<sup>474</sup> la casación en el fondo aparentemente se está volviendo un recurso obsoleto en Chile.<sup>475</sup>

*Casación en la forma:* Este es un recurso de uso restringido, que puede conocerse por la Corte Suprema o por las Cortes de Apelaciones, para corregir ciertos defectos técnicos de la sentencia dictada por el tribunal inferior. Los

<sup>464</sup> Véase texto que acompaña notas 364-384, *supra*. Si las leyes de naturaleza procesal son sometidas a una casación de fondo, es un asunto complicado, que va más allá de nuestro conocimiento. Véase en general "IV Explicaciones", *supra* nota 369, págs. 186-87.

<sup>465</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 767.

<sup>466</sup> Véase, por ejemplo, 28 U.S.C. Nº 2111 (1982): "En la audiencia de cualquier apelación o auto de avocación, en todo caso, la corte deberá dictar sentencia después de haber examinado el expediente y sin tomar en cuenta los errores o defectos que no afectan los derechos sustanciales de las partes".

<sup>467</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 767.

<sup>468</sup> Véase texto que acompaña nota 413, *supra*.

<sup>469</sup> Constitución de Chile, art. 20.

<sup>470</sup> Véase texto que acompaña notas 442-460, *supra*.

<sup>471</sup> Véase texto que acompaña notas 569-572, *infra*.

<sup>472</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 767.

<sup>473</sup> En general, "IV Explicaciones". *supra* nota 369, en caps. 11, 12.

<sup>474</sup> Véase texto que acompaña notas 451-458, *supra*.

<sup>475</sup> En 1986 la Corte Suprema de Chile recibió 211 solicitudes de recursos de casación en el fondo, y 1.180 recursos de queja. "Discurso 1987", *supra* nota 372, pag. X.

motivos precisos que autorizan la interposición del recurso, son:<sup>476</sup> 1) haber sido pronunciada por un tribunal incompetente o integrado en contravención a lo dispuesto por la ley, 2) haber sido pronunciada por un juez o con la concurrencia de un juez legalmente implicado, 3) haber sido acordada en los tribunales colegiados por menor número de votos o pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la ley, o con la concurrencia de jueces que no asistieron a la vista de la causa, 4) haber sido dada ultra petita, esto es, haber otorgado más de lo pedido por las partes<sup>477</sup> o haberse extendido a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, 5) haber sido pronunciada con error en cuanto a la forma de la sentencia,<sup>478</sup> 6) haber sido dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que ésta se haya alegado oportunamente en el juicio, 7) contener decisiones contradictorias, 8) haber sido dada en apelación legalmente declarada desierta, prescrita o desistida, y 9) haber faltado algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad.

Como en el caso de la casación en el fondo, el solicitante debe demostrar que el error influye sustancialmente en la sentencia y que el perjuicio que se le ha ocasionado puede ser rectificado con la revocación de ésta. Si el error consiste sencillamente en que el tribunal sentenciador no mencionó o no se pronunció sobre un reclamo o defensa oportunamente presentado,<sup>479</sup> la Corte ante la cual se ha presentado el recurso puede hacer que la causa quede en el estado que corresponda, con una orden para que el tribunal inferior "complete la sentencia".<sup>480</sup>

#### F. Revisión constitucional

En los Estados Unidos existe la "revisión constitucional" (judicial review), lo cual consiste en poner a prueba las leyes y las acciones gubernamentales, de conformidad a las normas constitucionales: este proceso ocurre en todos los niveles de tribunales estatales y federales.<sup>481</sup> Todos los jueces en los Estados Unidos, desde el de mayor al de menor rango, están "obligados" por los mandatos de la Constitución de los Estados Unidos, tanto como por los estatutos y los mandatos federales.<sup>482</sup>

Para estar "obligado", uno debe reconocer, comprender y aplicar los dictados de la Constitución, siempre y cuando dichos dictados sean presentados apropia-

<sup>476</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 768.

<sup>477</sup> Comparar Fed. R. Civ. P. 54 (c): "Toda sentencia definitiva deberá dar reparación a la parte en cuyo favor se haya dictado y aun cuando esa parte no haya pedido tal reparación en sus alegaciones".

<sup>478</sup> Véase texto que acompaña nota 527, *infra*.

<sup>479</sup> Para una discusión sobre este requisito, véase texto que acompaña la nota 528, *infra*.

<sup>480</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 768.

<sup>481</sup> Por ejemplo, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Véase en general J. Nowak, R. Rotunda, y J. N. Young, "Handbook on Constitutional Law" 2-22 (1978).

<sup>482</sup> Constitución de Estados Unidos, art. VI, cl. 2:

"Las leyes de los Estados Unidos deberán conformarse a esta Constitución; así como también todos los tratados celebrados o por celebrarse bajo la autoridad de esta Constitución, serán ley suprema; los jueces de cada Estado estarán obligados por la Constitución, y cualquier norma en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado, que sea contraria a ella, no tendrá valor".

*Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 484 n. 35 (1976).

damente en los fallos de los tribunales. En consecuencia, es muy común que los juzgados estatales y federales decidan acerca de la constitucionalidad de leyes y acciones oficiales de gobierno. Tales fallos de rango constitucional se vuelven precedentes obligatorios no sólo entre las partes, sino también en futuros casos que lleguen a ese tribunal, al menos hasta que haya una revocación de la sentencia y sus fundamentos.

Esta tradición de revisión constitucional difundida es bastante extraña para países que usan el sistema de la ley civil y donde se han adoptado constituciones "rígidas".<sup>483</sup> En Chile, por ejemplo, la Constitución fija este poder de revisión judicial en sus Cortes superiores: en la Corte Suprema para sentencias constitucionales en casos pendientes, y en un Tribunal Constitucional para resoluciones declarativas antes de la promulgación de una ley.

El denominado "recurso de inaplicabilidad" está establecido en el Artículo 80 de la Constitución Política chilena. Su propósito es el de traer ante el pleno de la Corte Suprema la cuestión acerca de la constitucionalidad de una ley, debido a la forma en que se trata de aplicarla a un caso en particular.<sup>484</sup> El alcance del recurso explica su nombre. La Corte Suprema chilena determina si la ley es "inaplicable" al caso, no porque su texto no cubra la situación específica, sino porque su aplicación a dicho caso específico violaría alguna norma de rango constitucional.

La Constitución de Chile de 1925 estableció este recurso por primera vez.<sup>485</sup> Anteriormente, la legislatura era la única que tenía el poder de determinar la constitucionalidad de sus promulgaciones.<sup>486</sup>

El resultado de la decisión de una Corte es simplemente el de aliviar de las exigencias de un precepto legal a una de las partes en un litigio. La declaración de inconstitucionalidad solamente será procedente si alguna de las partes busca la aplicación de un precepto legal determinado en un juicio y la otra parte considera que dicha aplicación determina una inconstitucionalidad.

Aunque existe alguna evidencia en la historia legislativa del Artículo 80, de que tres decisiones concordantes sobre el mismo punto se convertirían en doctrina de constitucionalidad de efecto absoluto,<sup>487</sup> queda por verse si esta idea sensible sobrepasará la fuerte tradición civil, que establece que las resoluciones judiciales no son fuente de derecho.<sup>488</sup>

Hemos visto que el sistema judicial chileno por lo general permite apelaciones parciales y que éstas pueden o no suspender los procedimientos en el tribunal inferior, dependiendo de la resolución apelada.<sup>489</sup> Por lo tanto, no es sorpren-

<sup>483</sup> El adjetivo de "rígida" parece estar reservado para aquellas constituciones que son escritas, que contienen numerosas garantías fundamentales y que no pueden ser modificadas por la legislación ordinaria. Véase, por ejemplo, M. Cappelletti y W. Cohen, "Comparative Constitutional Law 14 (1979); Merryman, *supra* nota 66, pág. 25.

<sup>484</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 96, párrafo 1.

<sup>485</sup> Bulnes Aldunate, "El Recurso de Inaplicabilidad en la Constitución de 1980", en Colección Seminarios N° 5, Facultad de Derecho, U. de Chile, "Recursos de Rango Constitucional", 25-29 (1983).

<sup>486</sup> *Id.* pág. 26.

<sup>487</sup> IV Explicaciones, *supra* nota 369, pág. 131.

<sup>488</sup> Véase texto que acompaña notas 364-384, *supra*: Clark & Merryman, *supra* nota 80, pág. 309: "La Legislatura electa popularmente aprobó las leyes; era labor de la administración pública ejecutarlas y de los tribunales aplicarlas a casos específicos".

<sup>489</sup> Véase texto que acompaña notas 391-395. *supra*.

dente encontrar que en cualquier etapa de cualquier procedimiento judicial una parte puede presentar un recurso de inaplicabilidad ante la Corte Suprema. La Corte pone la causa en la lista de litigios para una audiencia, teniendo la facultad de suspender el procedimiento en las instancias inferiores y de decidir sobre el punto constitucional controvertido.<sup>490</sup>

Parece ser, conforme a la letra de la Constitución y a la doctrina,<sup>491</sup> que la Corte no puede declarar sin lugar el recurso por falta de cuestión sustancial o por no demostrar perjuicio legal para los efectos de la ley o por cualquier otro factor de índole preliminar.<sup>492</sup> Aún así, sólo 28 recursos de inaplicabilidad se registraron en la lista de litigios durante el año 1986:<sup>493</sup> una cantidad sorprendentemente pequeña.

También el artículo 80 de la Constitución permite entablar el recurso "en cualquier estado de la gestión", lo cual quiere decir que las partes no renuncian al recurso por no presentarlo a tiempo, contrario a la tradición estadounidense de insistir en la presentación ordenada y oportuna de todas las cuestiones que surgen del caso, incluyendo las de alcance constitucional.<sup>494</sup>

Para resumir, en Chile estos parecen ser puntos renunciables a pesar de los fuertes argumentos de eficiencia que dicen que la presentación oportuna evita la pérdida de los pasos anteriormente dados en el procedimiento. En realidad, la letra de la Constitución chilena parece permitir que el recurso sea interpuesto por primera vez, durante un procedimiento que se esté conociendo por la Corte Suprema de Justicia, por casación por ejemplo, y hasta por la propia iniciativa de la Corte.

Existe aquí una disonancia: dado que la decisión de "inaplicabilidad" afecta solamente a las partes, se esperaría que los chilenos insistieran en que el punto fuera hecho valer lo más pronto posible, por ejemplo cuando una parte o el juez inicialmente, cita la ley y trata de aplicarla. Ello porque no es el régimen constitucional el que está en peligro, sino que solamente la relación entre las partes. Si las partes no se atienden a los procedimientos, puede afectar esas relaciones legales, como en el caso en que el más leve descuido en la forma puede causar la pérdida del recurso de casación.<sup>495</sup>

Dada la actitud formalista típica de los abogados chilenos, nos quedamos sorprendidos ante la informalidad que rodea a este recurso. Naturalmente encontramos disonancia también en los Estados Unidos, donde los tribunales mantienen el orden constitucional a través de la sentencia precedente obligatoria. Dada la magnitud e importancia de esta función judicial estadounidense, frente a las indulgencias típicas por parte de los tribunales en relación a los defectos en el

<sup>490</sup> Constitución de Chile, art. 80.

<sup>491</sup> IV Explicaciones, *supra* nota 369, págs. 131-32; Bulnes Aldunate, "El Recurso de Inaplicabilidad en la Constitución de 1980", en Colección Seminarios N° 5, Facultad de Derecho, U. de Chile, "Recursos de Rango Constitucional", 25-46 (1983).

<sup>492</sup> Comparar con G. Certoma, "The Italian Legal System", 156 (1985): "La resolución de la corte respecto de la cuestión de fondo debe ser acorde con la resolución de las cuestiones preliminares, de tal manera que el asunto de fondo no pueda ser declarado sin lugar, en base a ellas".

<sup>493</sup> "Discurso 1987", *supra* nota 372, pág. XI.

<sup>494</sup> Por ejemplo, *Browning-Ferris Indus. Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 109 S.Ct 2909 (1989); *Davis v. United States*, 411 U.S. 233 (1973); *Wolff v. United States*, 737 F. 2d 877 (10<sup>o</sup> Cir. 1984).

<sup>495</sup> IV Explicaciones, *supra* nota 369, págs. 192-95.

procedimiento,<sup>496</sup> podemos esperar que los jueces en los Estados Unidos no abandonen tan fácilmente su vigilancia constitucional ante la incompetencia de los abogados.

El Tribunal Constitucional chileno es un órgano judicial separado, compuesto de siete miembros, creado por el Capítulo Séptimo de la Constitución Política de la República de Chile. Su función principal es la de determinar la constitucionalidad de la legislación propuesta, tratados y decretos con fuerza de ley.<sup>497</sup> O sea, el Tribunal Constitucional dicta sentencias declarativas antes de la promulgación final de la ley; mientras que la Corte Suprema se encarga de las cuestiones constitucionales que surgen durante la litigación, en las cuales leyes ya promulgadas pretenden regir.<sup>498</sup>

El sistema chileno, por lo tanto, rechaza el enfoque descentralizado estadounidense, el cual fija la obligación de control constitucional en todos los jueces. En cambio, Chile adopta el método centralizado, el cual enfoca tal control en órganos judiciales especiales.<sup>499</sup> Sin embargo, el sistema chileno divide tal control entre dos entidades y, de esta manera, incorpora ambos al sistema francés de control a priori<sup>500</sup> y al sistema italiano, el cual trae a un tribunal constitucional las cuestiones especiales que provienen de la litigación ordinaria.<sup>501</sup>

¿Cómo coordinan los chilenos las resoluciones constitucionales de sus dos entidades? En primer lugar, su Constitución hace que las resoluciones del Tribunal Constitucional no tengan recurso ante cualquier otro cuerpo<sup>502</sup> o sea, la Corte Suprema no tiene jurisdicción sobre el Tribunal Constitucional. En segundo lugar, hace que estas resoluciones en favor de la constitucionalidad<sup>503</sup> tengan que ser obedecidas por la Corte Suprema; esto quiere decir que una vez que una ley es aprobada, no se puede acoger un recurso de inaplicabilidad en base a un argumento constitucional ya rechazado por el Tribunal Constitucional.<sup>504</sup>

### G. Recurso de protección

El recurso de protección es otro camino que se puede tomar en Chile para obtener la revisión constitucional. Este es un recurso creado por el artículo 20 de

<sup>496</sup> Por ejemplo, *Jackson v. Washington Monthly Co.*, 569 F. 2d 119, 123-24 (D.C. Cir. 1977).

"El que un tribunal inferior declare sin lugar una demanda, sin haber conocido previamente el asunto de fondo, es un paso drástico que normalmente deberá tomarse sólo después de haber sancionado al infractor y cuando estas sanciones hayan sido inútiles... Declarar sin lugar por mala conducta de los abogados, implica penalizar a los inocentes y puede liberar al culpable de toda obligación".

<sup>497</sup> Constitución de Chile, art. 82, párrafo 1, 2, 3, 6.

<sup>498</sup> *Comparar In re State Industrial Comm'n*, 224 N.Y. 13, 17-18, 119 N.E. 1027, 1028 (1918) (Juez Cardozo):

"Se nos pide que determinemos de manera universal los derechos que corresponden a cada uno. Esa no es la forma en que se lleva a cabo nuestro sistema de casos: tratamos con casos particulares y determinamos los derechos de cada quien en ellos".

<sup>499</sup> M. Cappelletti y W. Cohen, "Comparative Constitutional Law", cap. 4 (1979).

<sup>500</sup> P. Herzog, "Civil Procedure in France" Nº 3.04 (1967).

<sup>501</sup> G. Certoma, "The Italian Legal System", 155-57 (1985).

<sup>502</sup> Constitución de Chile, art. 83, cl. 1.

<sup>503</sup> En caso de inconstitucionalidad, la ley propuesta no puede ser aprobada sin ser corregida previamente. Constitución de Chile, art. 83, cl. 2.

<sup>504</sup> Constitución de Chile, art. 83, cl. 3.

la Constitución Política de la República de Chile y es parte de la Declaración de Derechos Humanos, que contiene una lista exhaustiva de los derechos humanos individuales y comunes pertenecientes no sólo a los chilenos, sino también a todos los que se encuentran dentro de las fronteras de Chile.<sup>505</sup>

Veremos más adelante que el recurso, en la forma en que es actualmente aplicado en los tribunales chilenos, presenta serias dificultades funcionales y analíticas, por lo menos a los ojos de un abogado educado en los Estados Unidos. Sin embargo, en su declaración, el recurso parece ser suficientemente sencillo. Este se concede en contra de cualquier persona, sea un particular o un funcionario público,<sup>506</sup> que cause privación, perturbación o amenaza a las libertades y garantías constitucionales de otros individuos.

La jurisdicción para conocer del recurso se fija en las Cortes de Apelaciones. El artículo 20 confiere a éstas el poder para emitir cualquier orden que sea necesaria "para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado."

Uno sospecha que este Artículo 20 está dirigido a proveer de desagravio, por medio de un interdicto judicial veloz y obligatorio, contra amenazas, actos u omisiones inconstitucionales.<sup>507</sup> Esta sospecha es confirmada por la cláusula que permite a la parte afectada el buscar cualquier otro remedio disponible; en seguida se nos viene a la mente una acción por daños y perjuicios, planteada en un tribunal de primera instancia. Más aún, la facultad de las Cortes de Apelaciones no está textualmente limitada: por el contrario, la autorización para que la Corte "adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias", es literalmente sin restricción.

Para poder entender las perplejidades que surgen en la mente del autor, al leer las opiniones en las que se aplica el recurso, el lector debe entender la estructura de la Declaración de Derechos Humanos de Chile. Debemos, por lo tanto, apartarnos brevemente hacia el derecho sustantivo.

La Declaración de los Derechos Humanos de los Estados Unidos (Bill of Rights) generalmente no crea derechos y protecciones individuales, sino que, más bien, presume su existencia desde antes de la Constitución. La Declaración estatuye barreras para que estos derechos preexistentes no sean violados por el Estado.<sup>508</sup>

<sup>505</sup> Constitución de Chile, art. 19, párrafo 1-26. Muchos de estos derechos fueron suspendidos bajo el régimen militar, durante aquellos períodos en que el Gobierno decretó estados de excepción constitucional, con motivo de desórdenes internos, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 24 transitorio de la Constitución de Chile.

<sup>506</sup> Esto es distinto al esquema constitucional de los Estados Unidos, el cual, ante todo, protege los derechos específicos de la violación gubernamental, J. Nowak, R. Rotunda y J. N. Young, "Constitutional Law", 378-79 (1978). La protección que otorgan las normas chilenas también se extiende al ámbito privado.

<sup>507</sup> Mohor Abuauad, "El Objeto del Recurso de Protección", 14 Rev. Derecho Procesal 55, 78 (1987).

<sup>508</sup> Por ejemplo, "The Declaration of Independence", julio 4, 1776, reproducida en 1 U.S.C. págs. XXXV-XXXVII (1982): "Sostenemos que es evidente que todos hemos sido creados de la misma manera, dotados por el Creador de algunos derechos inalienables; que entre estos derechos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad. Que para garantizar estos derechos, los hombres han instituido Gobiernos..."

Para ilustrar lo dicho: a través de su primer párrafo (primera enmienda), los estadounidenses ya poseían el derecho natural de libertad de expresión, el efecto benéfico de su consagración está constituido por asegurar que el Congreso no usaría su poder Legislativo para restringir ese derecho preexistente. Esta presunción de derechos preexistentes es confirmada por la novena enmienda del Bill of Rights, la cual dice que la alusión en la Constitución de "ciertos derechos no será interpretada para negar o desprestigiar otros retenidos por el pueblo."

En resumen, nuestra Declaración de "Derechos" es, en esencia, una carta de deberes impuestos sobre los funcionarios gubernamentales y una instrucción para que no actúen de cierta manera. Esta estructura es mantenida en enmiendas subsecuentes, las cuales obviamente crean nuevos derechos, tales como el derecho de votar a la edad de 18 años.<sup>509</sup> Los Estados Unidos y cada uno de sus estados están obligados a no negar o restringir el derecho de votar de cualquier ciudadano de 18 años "por motivo de edad".

Conforme a esta estructura, la demanda constitucional típica en los tribunales de los Estados Unidos es que el "Estado", sea el Congreso actuando a través de leyes o los funcionarios del gobierno con (o sin) autoridad de la ley, han violado uno de los controles constitucionales. De la misma manera, la constitucionalidad de leyes y sus aplicaciones se deciden en el relativamente raro, pero clásico, confrontamiento de litigios de rango constitucional en los Estados Unidos.

Desde luego, es discutible que la Constitución de los Estados Unidos en verdad origine libertades individuales (de una manera oblicua), pero fuera de toda duda, se ha reservado la Constitución para los más sagrados y exaltados derechos humanos; libertad religiosa, de expresión, de imprenta y de reunión; inviolabilidad de nuestros hogares y nuestros cuerpos; justicia fundamental en el proceso legal; igualdad; compensación por ser despojado de la propiedad; y más.

La inmensa variedad de derechos que son a menudo afirmados y honrados en las Cortes estatales y federales se originan no en las Constituciones, sino en leyes, regulaciones y sentencias precedentes. La referencia a la ley "ordinaria", alude a las transacciones diarias y las normas extraordinarias de la Constitución, a los confrontamientos excepcionales con el gobierno.

No se han "constitucionalizado" muchos de los derechos a los cuales se ha conformado el sistema a través de los años. En áreas como educación, salud, vivienda, medio ambiente, asistencia social y lugar de trabajo se ha llegado a disfrutar de protección individual por las leyes públicas y tales asuntos han quedado en manos de las ramas políticas, con la expectativa, usualmente realizada, de que la esencia de ellos será respetada.

La Constitución de los Estados Unidos, por lo tanto, promete muy pocos beneficios económicos: el derecho a "indemnización razonable", por expropiaciones gubernamentales de propiedad<sup>510</sup> y el derecho de un indigente a un abogado subsidiado por el gobierno, cuando es acusado de un crimen.<sup>511</sup>

En comparación, las Constituciones modernas de Occidente tienden a contener múltiples afirmaciones de derechos humanos, incluyendo los de mera conveniencia pública.<sup>512</sup> El artículo 19 de la Constitución chilena corresponde a

<sup>509</sup> Constitución de los Estados Unidos, 26ª enmienda.

<sup>510</sup> Constitución de los Estados Unidos, 5ª enmienda.

<sup>511</sup> Constitución de los Estados Unidos, 6ª enmienda. *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

<sup>512</sup> Por ejemplo, G. Certoma, "The Italian Legal System", 173-84 (1985).

este tipo, conteniendo una multitud de derechos en 26 enumeraciones separadas.<sup>513</sup>

En tales Constituciones, ¿qué pasa con la distinción entre los derechos que son generados y protegidos por la Constitución, alterables sólo ante el evento difícil y trascendental de una enmienda constitucional y los derechos creados por ley, sea por estatuto o por sentencia precedente, alterables ante la voluntad de la legislatura o tribunal? En resumen, ¿qué pasa con la jerarquía de las normas?

Esta pregunta tiene una relevancia particular en el caso de Chile, donde la combinación de 1) un recurso de protección generalizado, que permite a las Cortes de Apelaciones corregir una conducta inconstitucional y 2) una declaración amplia de derechos humanos, la cual "garantiza" virtualmente todos los derechos contenidos en la ley positiva del país. La combinación, parece, ha "constitucionalizado" casi todo el cuerpo de ley en Chile.

Uno encuentra decenas de disputas de la clase más ordinaria, siendo planteadas en las Cortes de Apelaciones a través del recurso de protección. Por ejemplo, el tiro al blanco de un club de tiradores ha producido una lluvia de balas sobre el terreno del demandante.<sup>514</sup> La Corte primero establece que los derechos de disfrutar el dominio privado del demandante bajo el Código Civil están siendo violados y después trinquetee el caso al nivel constitucional al citar el artículo 19 N° 24: "La Constitución asegura a todas las personas... N° 24 El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda la clase de bienes corporales o incorporeales".

Otro ejemplo es un caso ordinario de asistencia pública en el cual el demandante reclama que el demandado ha calculado mal la cantidad a la que el demandante tiene derecho por concepto de pensión previsional.<sup>515</sup> Después de ponerse de acuerdo con la interpretación del derecho del demandante, la Corte "constitucionaliza" el asunto, al citar la garantía de la Declaración de Derechos Humanos en el N° 18 del "derecho a la seguridad social".

Decisiones como éstas normalmente se confirman por la Corte Suprema chilena. Cuando los recursos de protección son rechazados, ello generalmente ocurre porque la interpretación de los hechos y de la ley por parte de la Corte favorece al demandante y no porque al asunto le falte una cuestión constitucional sustancial.<sup>516</sup>

Para un abogado de los Estados Unidos, estos ejemplos son inquietantes por varias razones. Una es la "constitucionalización" de normas legales ordinarias. En los Estados Unidos se llega a cuestiones constitucionales como asunto de último recurso y no como un primer paso, porque bajo la doctrina de *stare decisis*,

<sup>513</sup> Tengamos presente que en Sudamérica, "particularmente en lo relativo al derecho constitucional, la realidad social parece estar especialmente lejos de las garantías que están escritas en el papel". Karst, *supra* nota 33, pág. 79.

<sup>514</sup> Club Arabe de Tiro al Vuelo (enero 23, 1985), Corte Ap. Pres. Aguirre Cerda, Rev. de Derecho y Jurisprudencia, vol. 82 (1985), II, N° 5, pág. 67.

<sup>515</sup> *Id.*

<sup>516</sup> Por ejemplo, Werner Held (octubre 31, 1985), Corte Ap. Santiago, Rev. de Derecho y Jurisprudencia, vol. 82 (1985), III, N° 5, pág. 288 (costos comunes de condeño de condominio); Jamame Jamame (Dic. 9, 1985), Corte Ap. Temuco, Rev. de Derecho y Jurisprudencia, vol. 82 (1985), III, N° 5, pág. 304, *af'd* (diciembre 23, 1985), Corte Sup. N° 20.294 (despido y huelga de empleado de la universidad).

la sentencia precedente constitucional sólo puede ser eliminada por revocación judicial (overruling) o por una enmienda a la Constitución; ambas muy difíciles de obtener.

Este fuerte efecto de la sentencia precedente, hace que los tribunales se obliguen a encontrar bases de decisión que no envuelvan la Constitución.<sup>517</sup> Esto no sería un problema tan serio en un sistema de ley civil, como el de Chile, en el cual las sentencias de los tribunales no constituyen sentencia precedente.<sup>518</sup> Pero tanto allá como en Europa, hay una naciente tendencia a tratar la sentencia precedente constitucional como obligatoria<sup>519</sup> y hay también, desde luego, la tendencia natural de los tribunales y de las salas a seguir las sentencias anteriores en los casos que sean asimilables a otros.

Si hay alguna fuerza de sentencia precedente, sea ésta producto de una obligación legal o de hecho, entonces nuestra preocupación acerca de la calidad de las decisiones de los jueces es mayor: Mala hechura producirá más error. A este respecto, hemos encontrado análisis constitucional torcido y poco convincente en algunas sentencias chilenas. Creemos que esto es producto del mal uso del recurso de protección; empujar los asuntos ordinarios dentro de los nichos constitucionales, puede distorsionar el uso natural y racional de los principios constitucionales.

Por ejemplo, hemos notado un sobreuso de la doctrina de igual protección ante la ley, para invalidar acciones gubernamentales<sup>520</sup> que no violan principios de igualdad, sino que leyes específicas o normas mínimas de racionalidad.<sup>521</sup>

Es también problemático el uso de los recursos de protección para evitar juicios en los tribunales de primera instancia. Las Cortes de Apelaciones en los sistemas de la ley civil se consideran autorizadas para sustituir libremente los criterios respecto de los hechos planteados por los tribunales de primera instancia<sup>522</sup> y están facultados para tomar prueba en apelación.<sup>523</sup>

Nos han dicho, sin embargo, que las Cortes de Apelaciones chilenas raras veces dedican tiempo a recibir nueva evidencia durante una apelación. Quizás esto es porque encontramos, en casos de protección, una extraordinaria despreocupación en el proceso de establecer los hechos. En general, los ministros aceptan como "hechos" lo que encuentran en las alegaciones y documentos

<sup>517</sup> Por ejemplo, *Webster v. Reproductive Health Servs.*, 57 U.S.L.W. 5023, 5032, (junio 27, 1989) (Juez O'Connor, concurrente); *Ashwander v. T.V.A.*, 297 U.S. 288, 345-48 (1936) (Juez Brandeis, concurrente).

<sup>518</sup> Véase texto que acompaña las notas 364-384, *supra*.

<sup>519</sup> Por ejemplo, Constitución de Chile, art. 83, párrafo 3 (La Corte Suprema está obligada por los fallos que respecto de la constitucionalidad de una ley dicte el Tribunal Constitucional): G. Certoma, "The Italian Legal System", 87-88 (1985).

<sup>520</sup> Parte del problema puede radicar en que el gobierno chileno no ha constituido las cortes administrativas destinadas a vigilar las agencias del gobierno, tal como está contemplado en la Constitución. Constitución de Chile, art. 79.

<sup>521</sup> Por ejemplo, *Gómez Chamorro* (octubre 8, 1985), Corte Ap. Pres. Aguirre Cerda Rev. de Derecho y Jurisprudencia, vol. 82 (1985), III, N° 5, pág. 296, af'd (octubre 22, 1985), Corte Suprema N° 20.032.

<sup>522</sup> Langbein, "Comparative Civil Procedure and the Styles of Complex Contracts", 5 Am. J. Comp. L. 381, 387 (1987).

<sup>523</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 207. Véase texto que acompaña las notas 416-433, *supra*.

adjuntos, como cartas, documentos notariados, fotografías, informes de peritos, y también lo que consideran que ha sido admitido por el demandado directamente o indirectamente a través de su silencio. Si están envueltos programas del gobierno, los tribunales con frecuencia solicitarán informes de los ministerios sobre los hechos relevantes y aceptarán como verdad las alegaciones allí incluidas.<sup>524</sup> Si una parte además pone en duda la verdad de las alegaciones materiales, la Corte de Apelaciones puede ordenar a un juez del tribunal localizado en el distrito en que los hechos ocurrieron, que visite el lugar, tome declaraciones de testigos y que entregue su conclusión en cuanto a los hechos.<sup>525</sup>

#### H. Razonamiento jurídico

Leer las opiniones emitidas en las sentencias por los tribunales chilenos es francamente aburrido. Tanto por asunto de entrenamiento como por obligación legal, el juez chileno opera dentro de límites estrictos en el proceso decisorio. La tradición viene del sistema civil: decidir casos sencillamente quiere decir seleccionar el artículo correcto del código o de la ley y aplicarla silogísticamente a los hechos del caso, también determinados mecánicamente.<sup>526</sup>

El artículo 170 del código chileno instruye a los jueces respecto de cómo organizar su manera de pensar: primero, nombres, domicilios y ocupaciones de los litigantes; segundo, demanda y compensación solicitada por los demandantes y sus bases legales; tercero, las defensas; cuarto, las decisiones sobre cuestiones de hecho y de derecho; quinto, citas de leyes, o en su defecto, los principios de equidad que fundamentan la decisión; y seis, la resolución de la controversia, incluyendo una decisión de cada reclamo y defensa planteados.<sup>527</sup>

Mientras que la cuarta y la quinta parte de la sentencia chilena parecen ofrecer algún espacio para la creatividad judicial, uno generalmente encuentra sólo el análisis legal más sumario después de una meticulosa recitación de las demandas, las defensas y los hechos establecidos. En la decisión normal que acompaña un caso, uno no encuentra más que unas cuantas oraciones explicando la aplicación de la ley a los hechos y pocas veces alguna discusión de interpretaciones y posibilidades alternativas.

La sentencia se hace aparecer como sencilla e inevitable. Sólo una persona con conocimientos legales puede saber los caminos decisionales múltiples que estuvieron disponibles para el juez.

Una tremenda cantidad de energía se gasta en aspectos puramente formales de la decisión. En la tradición de la ley civil se considera importante demostrar a las partes que se han tenido en cuenta cada uno de sus argumentos y deman-

<sup>524</sup> Por ejemplo, Gómez Chamorro (octubre 8, 1985), Corte Ap. Pres. Aguirre Cerda, Rev. de Derecho y Jurisprudencia, vol. 82 (1985), III, Nº 5, págs. 296, 297, af'd (Octubre 22, 1985), Corte Suprema Nº 20.032.

<sup>525</sup> Carrasco Soto (septiembre 12, 1985), Corte Ap. Valdivia, Rev. de Derecho y Jurisprudencia, vol. 82 (1985), III, Nº 5, págs. 300, 303, af'd (septiembre 30, 1985), Corte Suprema Nº 19.919.

<sup>526</sup> Correa, "La Cultura Jurídica Chilena en Relación a la Función Judicial", en *Cultura Jurídica*, supra nota 364 en págs. 75, 78-79. Véase también Merryman, supra nota 66, págs. 125-28; Von Mehren, "The Judicial Process: A Comparative Analysis", 5 Am. J. Comp. L. 197, 201-03 (1956) (Francia y Alemania).

<sup>527</sup> "En cuanto al estilo y a la extensión de las opiniones judiciales no hay uniformidad en el mundo de la ley civil". Schlesinger, supra nota 2, pág. 322 (nota omitida).

das.<sup>528</sup> Después de estas recitaciones, el juez trabaja para establecer los hechos, ayudado tanto por los "puntos de prueba" como por el sistema de tanteo basado en la ley.<sup>529</sup> Parece que para cuando el juez llega al "corazón" del asunto, quiero decir, el párrafo dispositivo, su mano y su mente están cansadas. Esto resulta entonces en una conclusión sumaria que aplica la ley a los hechos; lo cual, en comparación, se produce generalmente cuando el trabajo intelectual difícil de los jueces comienza en los Estados Unidos.

La defensa del método chileno radica en ser uno que impone orden y estructura en una judicatura de carrera, de habilidades desiguales. Se supone que la "instrucción" del artículo 170 fuerza modelos de pensamiento lógico y racional, en donde, de otra manera se encontraría parcialidad. Es dudoso si se puede confinar de tal manera la conducta poco juiciosa. En contraste, en los Estados Unidos, el juez es completamente libre de estructurar sus opiniones según le parezca apropiado, discutiendo o no la posición y argumentos de las partes. Las opiniones judiciales rápidamente alcanzan lo esencial del asunto y justifican ricamente sus conclusiones respecto a ello.<sup>530</sup>

Uno ve más "carne" y menos "condimentos" en el estilo estadounidense, lo cual nos lleva a la conclusión de que los asuntos son sentenciados "mejor". Pero la razón nos aconseja en contra de esta conclusión. Primero, las opiniones escritas son solamente informes de resoluciones, no el momento actual de la decisión. Estas tal vez no revelen precisa y plenamente la profundidad del análisis e investigación, que el juez en realidad usó para llegar a su sentencia. Esto nos ofrece dos posibilidades: la sentencia apresurada, la cual es elaboradamente defendida en un escrito posterior y, en contraste, la sentencia cuidadosamente pensada, que se explica sólo en un resumen.

Segundo, la segunda instancia es más probable en una jurisdicción como la chilena, que rechaza la sentencia precedente judicial como fuente de derecho.<sup>531</sup> Ello porque cuando las labores de uno benefician sólo a las partes inmediatas y no al corpus iuris, hay poco incentivo para que un juez elabore un razonamiento profundo del caso.

## VII. PROCESOS ALTERNATIVOS

### A. Juicios de mínima cuantía

Como en los estados de los Estados Unidos, Chile ha tratado de establecer un proceso simplificado para asuntos de mínima cuantía; en comparación con el anterior, no crea entes separados, pero fija la competencia en los tribunales ordinarios de primera instancia.

Para los casos que envuelven menos de 7.845 pesos, uno encuentra en el Código de Procedimiento Civil de Chile un proceso especial, estructurado en esencia como un juicio ordinario, pero con mecanismos que permiten ahorrar tiempo y costo.<sup>532</sup> Estos incluyen: audiencias de avenimiento, las cuales son

<sup>528</sup> Por ejemplo, S.M.S. Corp. v. Toscano, 3<sup>o</sup> Civil Sec., Corte Casación, Italia, reproducido en M. Cappelletti, J. Perillo y J. Merryman, "The Italian Legal System" 423-26 (1967).

<sup>529</sup> Véase texto que acompaña las notas 282-283, 320-322, *supra*.

<sup>530</sup> En general B. Cardozo, "The Nature of the Judicial Process" (1962).

<sup>531</sup> Véase texto que acompaña las notas 364-384, *supra*.

<sup>532</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 703-738.

obligatorias y supervisadas por el juez,<sup>533</sup> la opción de interponer demandas y apelaciones verbales,<sup>534</sup> procesamiento conjunto de la causa principal y los incidentes,<sup>535</sup> mayor libertad en la evaluación de las pruebas,<sup>536</sup> una sentencia oral dictada dentro del plazo de 60 días, a contar del vencimiento del término probatorio,<sup>537</sup> y la rápida y eficiente ejecución de las sentencias.<sup>538</sup>

A pesar de estos esfuerzos para poner en vigor una economía de tiempo y costo, uno nota la renuencia a abandonar el procedimiento ordinario normal, por ejemplo en favor de un sistema sencillo de breves audiencias ante una sala de abogados.<sup>539</sup> También similar a los Estados Unidos, el límite de la cuantía jurisdiccional se hace obsoleto rápidamente por la inflación. En estos momentos la cuantía máxima para calificar es tan baja, que éste proceso raramente es invocado, según nos han informado.

Una variación interesante en la alternativa de asuntos de mínima cuantía es el trato chileno de casos en la clase económica siguiente: entre 17.845 y 156.939 pesos.<sup>540</sup> Estos también se radican en los tribunales ordinarios y siguen procesos normales, pero los legisladores chilenos han restringido algunos de los derechos procesales que pertenecen a casos de mayor valor.

Por ejemplo, se abrevian varios de los períodos de tiempo, como el término para contestar la demanda, el cual se reduce de 15 a 8 días.<sup>541</sup> No se permite la apelación de una sentencia interlocutoria<sup>542</sup> y los argumentos verbales en apelación de sentencias definitivas se reducen de una hora a 15 minutos.<sup>543</sup>

La idea de reglar los procedimientos según la cantidad en controversia, quiero decir, un procedimiento más simplicado para las disputas de menor importancia económica, es tanto atractivo, como consistente con los conceptos de debido proceso (due process) en los Estados Unidos.<sup>544</sup> Uno debe dudar, sin embargo, en cuanto a si la cantidad que está siendo reclamada tiene alguna relación con la complejidad legal o con los hechos de los asuntos en cuestión.

<sup>533</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 711.

<sup>534</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 704, 727.

<sup>535</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 723.

<sup>536</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 724.

<sup>537</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 722.

<sup>538</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 729-736.

<sup>539</sup> Comparar, por ejemplo, con J. Adler, D. Hensler y C. Nelson, "Sample Justice: How Litigants Fare in the Pittsburgh Arbitration Program" (1983).

<sup>540</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 698-702.

<sup>541</sup> Comparar Código de Procedimiento Civil, art. 258, con Código de Procedimiento Civil, art. 698 (2).

<sup>542</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 699.

<sup>543</sup> Comparar Código de Procedimiento Civil, art. 223, con Código de Procedimiento Civil, art. 699.

<sup>544</sup> Por ejemplo, *Matthews v. Eldridge*, 424 U.S. 319, 334-35 (1976) (cita omitida):

"El debido proceso es flexible y permite otorgar las protecciones procesales que demande la situación de que se trate... Nuestras decisiones anteriores indican que para la identificación de los requisitos específicos del debido proceso, generalmente es necesario considerar tres factores distintos: primero, el interés privado que será afectado por la sentencia; segundo, el riesgo de la privación de tal interés a través del procedimiento y el probable valor de las protecciones procesales adicionales o sustitutivas; y finalmente, los intereses del Estado, incluyendo la función envuelta y las cargas fiscales y administrativas que los requisitos procesales adicionales y sustitutivos acarrearán".

Como un ejemplo sencillo, el procedimiento chileno permite a un abogado una hora entera para argumentar una cuestión ordinaria sobre un contrato, si el asunto excede de 17.845 pesos, mientras que un abogado argumentando una cuestión compleja de daños y perjuicios recibe sólo 15 minutos, debido a que se trata de daños menores. También los abogados pueden fácilmente evitar el procedimiento abreviado, por el hecho de solicitar más de 156.939 pesos en sus demandas.<sup>545</sup>

### B. Conciliación

En cualquier etapa de un procedimiento civil ordinario el juez puede ordenar la comparencia personal de las partes a su despacho<sup>546</sup> para intentar una "conciliación".<sup>547</sup> Entonces el juez propone los términos de una composición. El proceso no es "conciliación" o "mediación" en el sentido en que estos términos son usados en los Estados Unidos, porque, en dicho sistema, los conciliadores o mediadores sólo facilitan la comunicación entre las partes y no proponen soluciones cuando son invitados a hacerlo.<sup>548</sup>

La "conciliación" chilena está más relacionada con la "mediación de fuerza"<sup>549</sup> estadounidense. Esto ocurre cuando el juez que preside, muestra su probable decisión en un caso para intentar forzar un arreglo.

Muchas veces un elemento esencial para la mediación y la conciliación es la diplomacia de ir y venir (shuttle diplomacy).<sup>550</sup> Esto envuelve el reunirse neutralmente y en privado con cada litigante con el fin de adquirir información confidencial para ayudar a su función conciliativa y para tratar de aflojar posiciones no razonables, corregir malas impresiones, desinflar expectativas y, en definitiva, acercar a las partes.

En Chile, esto no puede funcionar como parte del proceso de "conciliación" descrito en el código. La razón es que el código especifica que el juez "componedor" no está descalificado para decidir un caso en el cual no pudo lograr un avenimiento.<sup>551</sup> Como consecuencia, no es probable que las partes compartan secretos perjudiciales con el juez "componedor".

De todos modos, nos dicen que este proceso chileno es poco usado.<sup>552</sup> La razón

<sup>545</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 117.

<sup>546</sup> El juez puede exigir que las partes comparezcan personalmente, aunque ellas pueden solicitar que también concurre su apoderado. Código de Procedimiento Civil, art. 260.

<sup>547</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 262-268.

<sup>548</sup> Véase, por ejemplo, S. Leeson y B. M. Johnston, "Ending It: Dispute Resolution in America", 133 (1988).

<sup>549</sup> Para ver ejemplos de jueces dedicados al "muscle mediation", véase Schuck, "The Role of Judges in Settling Complex Cases: The Agent Orange Example", 53 U. Chi. L. Rev. 337, 359-61 (1986) (Juez Weinstein); Bacigal, "An Empirical Case Study of Informal Alternative Dispute Resolution", 4 Ohio St. J. Disputes Res. 1, 22 (1988) (Juez Merhige).

<sup>550</sup> Por ejemplo, N. H. Rogers & R. Salem, "A Students Guide to Mediation and the Law", 37-38 (1987).

<sup>551</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 263. El Código Argentino otorga al juez de primera instancia la facultad de ordenar que las partes comparezcan personalmente para intentar una conciliación; y al contrario de lo que indican el sentido común y la experiencia, declara que "la mera proposición de fórmula conciliatoria no importará prejuzgamiento". Código Argentino, art. 36 (2) (a).

<sup>552</sup> Nuestra información es corroborada por la del Profesor Vescovi, quien describe la conciliación como "uno de los muchos poderes que los jueces latinoamericanos casi nunca usan". Vescovi, *supra* nota 8, pág. 221.

es que los jueces tienen que hacer esfuerzos especiales para intentar la conciliación conforme al código. Generalmente el juez chileno posee poco conocimiento detallado de los casos que están siendo procesados en su tribunal, y sólo conoce a fondo el expediente cuando el procedimiento está cerrado y el caso está listo para la decisión.<sup>553</sup> Para poder "conciliar", el juez debe comenzar por aprender a fondo el expediente de antemano, lo cual pocos están dispuestos a hacer. Si las pruebas están completas, el juez prefiere dictar sentencia, por cuanto está listo para hacerlo, y en aquel momento tiene poco incentivo para intentar una conciliación que podría fracasar.<sup>554</sup>

La falta de uso de la facultad de conciliar tiene sentido si uno considera parcialmente cada tribunal. Sin embargo, se advierte una pérdida de eficiencia, si se considera al sistema judicial en su conjunto. Ello, por cuanto es menos probable que exista apelación respecto de un resultado que las partes han acordado voluntariamente; en contraposición, el resultado, producto de una sentencia judicial, generalmente será apelado.<sup>555</sup> De este modo, lo que puede ser logrado en eficiencia a nivel de juicio, desde luego sería perdido por labor adicional a nivel de apelación.

### C. Arbitraje

Los códigos chilenos reconocen al juicio arbitral como una forma legítima de resolución de disputas<sup>556</sup> y extiende al arbitrador la facultad judicial para ejecutar sentencias; sin embargo, en caso de que dicha ejecución requiera de medidas coactivas, deberá recurrir a los tribunales ordinarios de justicia.<sup>557</sup>

Durante el curso de la litigación, o al momento de celebrar un contrato, las partes pueden acordar por escrito en nominar uno o más árbitros, especificando el asunto que está siendo sometido para juicio arbitral, las facultades otorgadas a los árbitros, el lugar del juicio arbitral y el plazo de duración del proceso.<sup>558</sup> Las partes pueden escoger un procedimiento informal en el cual el arbitrador, también conocido como un "amigable componedor",<sup>559</sup> aplica su "prudencia" y "equidad" para juzgar el asunto<sup>560</sup> y usa los procedimientos que las partes hayan convenido<sup>561</sup> o, en ausencia de ellos, un sistema de audiencias sencillas, establecida por el mismo código.<sup>562</sup> La sentencia del árbitro relacionará las peticiones

<sup>553</sup> En este punto el juez chileno sigue la práctica que prevalece en todo el continente. Vescovi, *supra* nota 8, pág. 215.

<sup>554</sup> El mismo punto ha sido mencionado en relación a la renuencia de los jueces de los Estados Unidos de obtener la solución de las disputas mediante esfuerzos de arreglo, dado el tiempo de preparación y negociación que ellos requieren. Véase, "Judicial Participation in Settlement: Pattern, Practice, and Ethics", 4 J. Dispute Res. 81, 87 (1988).

<sup>555</sup> Véase texto que acompaña la nota 424, *supra*.

<sup>556</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 628-664; Código Orgánico de Tribunales, arts. 222-243.

<sup>557</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 635, 643.

<sup>558</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 234.

<sup>559</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 223 (amigable componedor).

<sup>560</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 637; Código Orgánico de Tribunales, art. 223.

<sup>561</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 636.

<sup>562</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 637-638.

de las partes litigantes, la decisión del asunto controvertido y las razones de prudencia y equidad que sirven de fundamento a la sentencia.<sup>563</sup>

La sentencia arbitral es apelable, como si hubiera sido una sentencia de un tribunal ordinario, a menos que las partes hayan renunciado a sus derechos de apelación o hayan escogido someter también la apelación a arbitraje.<sup>564</sup>

Según se desprende del código chileno, este procedimiento de juicio arbitral está disponible sin que las partes hayan demandado, esto es, extrajudicialmente, aunque en esta situación la única apelación sería por una audiencia arbitral acordada.<sup>565</sup> Este informal juicio arbitral chileno se parece mucho a los ejemplos de juicios arbitrales estadounidenses<sup>566</sup> promovidos por adopción extendida de la ley modelo de los juicios arbitrales<sup>567</sup> y la ley federal sobre arbitraje.<sup>568</sup>

Los chilenos también pueden escoger un procedimiento más formal ante un "árbitro de derecho", quien, a diferencia de los arbitradores, tiene que ser abogado.<sup>569</sup> El "árbitro de derecho" debe decidir de acuerdo a la ley sustantiva existente y también debe seguir los procedimientos de los tribunales civiles.<sup>570</sup> Este "árbitro de derecho" se parece a los arbitradores anexados por los tribunales —el juicio arbitral obligatorio de reclamos menores ante salas de abogados, el cual está siendo experimentado en las Cortes federales de los Estados Unidos<sup>571</sup>— y que ha sido adoptado en algunos tribunales estatales.<sup>572</sup>

Ciertos tipos de disputas chilenas tienen que ser resueltos a través de juicios arbitrales, sean formales o informales. Están incluyen asuntos de contabilidad, como liquidaciones de bienes comunes de una sociedad conyugal y de una sociedad colectiva, división de bienes, presentación de cuentas por gerentes de negocios y disputas de sociedades.<sup>573</sup>

Además de los asuntos descritos, existen otros que no pueden ser arbitrados,<sup>574</sup> las partes tienen completa libertad de escoger el juicio arbitral o de rechazarlo y proceder ante un tribunal ordinario.<sup>575</sup> Por consiguiente, vemos que el juicio arbitral chileno comparte con los Estados Unidos<sup>576</sup> la naturaleza esencial de ser de uso voluntario.

<sup>563</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 640.

<sup>564</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 239.

<sup>565</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 642.

<sup>566</sup> J. S. Murray, A. Rau y E. F. Sherman, "Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers", 387-435 (1988); L. Riskin y J. Westbrook, "Dispute Resolution and Lawyers", 250-323 (1987); S. Goldberg, E. D. Green y F. Sander, "Dispute Resolution" 189-225 (1985).

<sup>567</sup> Unif. Arbitration Act, 7 U.L.A. 5-229 (1985).

<sup>568</sup> 9 U.S.C. Nº 1-14 (1982).

<sup>569</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 225.

<sup>570</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 223; Código de Procedimiento Civil, art. 628.

<sup>571</sup> Véase Pub. L. Nº 100-702, 102 Stat. 4659-64 (1988) (para ser codificada como 28 U.S.C. Nº 651-658); Siegel, "Changes in Federal Jurisdiction and Practice Under the New Judicial Improvements and Access to Justice Act", 123 F.R.D. 399, 410-11 (1989).

<sup>572</sup> En general J. S. Murray, A. Rau y E. F. Sherman, "Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers", 628-52 (1989).

<sup>573</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 227.

<sup>574</sup> Código Orgánico de Tribunales, arts. 229, 230 (cuestiones sobre los alimentos que deben darse los cónyuges; separación de bienes entre marido y mujer; causas criminales; de policía local; las que surjan entre representante y representado y aquellas en que deba resolverse con audiencia del ministerio público).

<sup>575</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 228.

<sup>576</sup> S. Goldberg, E. D. Green y F. Sander. "Dispute Resolution". 8 (1985).

## VIII. MEDIDAS PARA EVITAR ATRASOS

En Chile existen demasiados casos para muy pocos jueces. No podemos documentar esta afirmación con estadísticas acerca de la cantidad de casos, porque no nos fue posible localizar datos útiles al respecto. Basados en información en relación a las apelaciones,<sup>577</sup> sospechamos que existe un gran volumen a nivel de primera instancia. Esto fue confirmado a través de discusiones con varios jueces, quienes unánimemente señalaron que en áreas urbanas como en Santiago la cantidad de casos por juez es opresiva.

En el futuro, los chilenos deberían considerar métodos modernos de administración de casos, incluyendo la compilación y recolección de datos sobre la cantidad de casos y su flujo en los tribunales, para efectos de una reforma y de lograr una administración científica.<sup>578</sup>

En estos momentos en Chile se intenta forzar el avance de las causas a través de resoluciones judiciales y sanciones. Los jueces están obligados a juzgar dentro de los marcos de tiempo establecidos por la ley.<sup>579</sup> Por ejemplo, si una parte promueve un incidente, a la contraparte se le conceden tres días para responder, existen ocho días para rendir pruebas y el juez solamente tiene los tres días siguientes para decidir.<sup>580</sup> También cuando sea posible, los incidentes deben ser instruidos en forma separada de la causa "causa principal", para no retardar la marcha del caso hacia la sentencia.<sup>581</sup>

Pero en Chile, como en cualquier otra parte, la teoría cede ante la realidad. Con la aglomeración de causas existentes en su oficina, los jueces en seguida encuentran "justa" para otorgar prórrogas de tiempo,<sup>582</sup> ejercer discreción para suspender la causa principal<sup>583</sup> o simplemente para ignorar los límites de tiempo, lo cual, nos damos cuenta, es de ocurrencia común.<sup>584</sup>

<sup>577</sup> Véase texto que acompaña la nota 424, *supra*.

<sup>578</sup> Por ejemplo, Lawyers Conference Task Force on Reduction of Litigation Cost and Delay, American Bar Ass'n., "Defeating Delay: Developing and Implementing a Court Delay Reduction Program" (1986); M. Solomon y D. Somerlot. "Caseflow Management in the Trial Court" (1987); Judicial Administration Division, American Bar Ass'n., "The Improvement of the Administration of Justice" (6ª ed., 1981); S. Flanders, "Case Management and Court Management in the United States District Courts" (Federal Judicial Center 1977).

<sup>579</sup> Compare con Chase, "Civil Litigation Delay in Italy and the United States", 36 Am. J. Comp. L. 41, 56 (1988) (nota omitida):

"Ni siquiera los jueces italianos pueden controlar el avance del litigio. La resistencia de los abogados, respecto del ejercicio del poder judicial, aparentemente ha frustrado las reformas destinadas a dar el poder necesario para ello a los jueces".

La proposición chilena de "ser duro" parece ser revolucionaria para Sudamérica, en donde son comunes los litigios de "larga duración" y los plazos no perentorios. Vescovi, *supra* nota 8, pág. 213.

<sup>580</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 89-91.

<sup>581</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 87.

<sup>582</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 67.

<sup>583</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 87.

<sup>584</sup> En Brasil existe una "crisis en la administración de justicia" causada por "largos atrasos, formalismo procesal excesivo, transgresión permanente de los plazos procesales y corrupción". Rosenn, *supra* nota 31, pág. 489. El profesor Vescovi critica "un procedimiento que se ha desviado de la realidad y que ha causado tales retrasos, que ha llegado en algunos países a estar al borde de la negación de justicia". Vescovi, *supra* nota 8, pág. 213.

Es particularmente difícil para los jueces cumplir con una fecha tope legal de 60 días<sup>585</sup> para dictar sentencia en relación al fondo, después del cierre del término probatorio, cuando en teoría el caso está listo para la decisión final. Entonces el juez debe familiarizarse de nuevo con todo el expediente determinar los hechos necesarios, estudiar y aplicar la ley, y dar una decisión escrita elaborada, que se conforme con un formato prescrito.<sup>586</sup>

Distinto es el caso de los jueces en el ámbito penal, los cuales son ayudados por secretarios que preparan borradores de opiniones. En el tribunal civil, según se nos informa, el juez hace su propia redacción. Para poder controlar la pérdida de tiempo en esta etapa, la ley obliga al juez de primera instancia a mandar informes mensuales del estado de casos a su ministro supervisor de la Corte de Apelaciones respectiva.<sup>587</sup> Este reporte, "Boletín Mensual de Sentencias", describe en orden cronológico de los casos que están listos para ser decididos, la fecha en que quedaron en estado de fallo, la fecha en que se dictó sentencia en cada uno y las explicaciones a las infracciones al cumplimiento del plazo de 60 días. Se nos ha informado que el historial de puntualidad es tomado en cuenta para el ascenso de los jueces de letras.

Los abogados también están presionados por el código para litigar eficientemente. Chile ha adoptado la regla común en sus repúblicas hermanas sudamericanas<sup>588</sup> y de Europa,<sup>589</sup> la cual dispone que la parte ganadora automáticamente tiene derecho a que la parte vencida pague sus costos, incluyendo los honorarios del abogado. El código chileno permite al juez eximir a una parte de tal pago, cuando considera que tuvo "motivos plausibles" para litigar.<sup>590</sup> También los costos pueden ser impuestos contra el promotor de un incidente que no obtenga una resolución favorable y que sea considerado como "dilatatorio" por el juez.<sup>591</sup>

Esto pone a Chile al lado del sistema jurídico de los Estados Unidos, el cual desde 1983 otorga a los jueces de primera instancia la facultad de sancionar el comportamiento del abogado, con los costos de tribunal y los honorarios.<sup>592</sup>

<sup>585</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 162. En Argentina el plazo es 40 días y el juez está sujeto a multas, por los atrasos injustificados Código Argentino, arts. 34 (3) (b), 167.

<sup>586</sup> Véase texto que acompaña la nota 527, *supra*.

<sup>587</sup> Código Orgánico de Tribunales, art. 586 (4).

<sup>588</sup> Por ejemplo, Código Venezolano, arts. 274-287; Código Colombiano, arts. 392-393.

En Argentina la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, pero se otorga al juez la facultad de eximir al litigante vencido de este pago, por razones que deberá fundamentar en la sentencia. Código Argentino, arts. 68, 69. Los que litigan de manera imprudente o maliciosa están sujetos a multas en favor de la otra parte. Código Argentino, art. 45.

En Perú la parte vencida deberá pagar los costos del juicio, a menos que el juez la exima de dicha obligación, por estimar que ha tenido motivos justificables para litigar. Código Peruano, art. 1007.

<sup>589</sup> Langbein, "Comparative Civil Procedure and the Style of Complex Contracts", 35 Am. J. Comp. L. 381, 389 (1987).

<sup>590</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 144.

<sup>591</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 147.

<sup>592</sup> Fed. R. Civ. P. 11. Comparar con Código Venezolano, art. 170:

"Las partes, sus apoderados y abogados asesores deben actuar en el proceso con lealtad y probidad. En tal virtud, deberán:

1. Exponer los hechos de acuerdo a la verdad.
2. No imponer pretensiones, alegar defensas, ni promover incidentes, cuando tengan conciencia de su falta de fundamentos.

La ley chilena impone obligaciones adicionales en las partes y sus abogados, con el fin de acortar los litigios. Existe una regla que hemos denominado de "dos veces":<sup>593</sup> cuando una parte ha promovido y perdido dos o más incidentes en un mismo juicio, el juez determina, dentro de ciertas sumas fijadas por ley, la cantidad que será depositada en la cuenta corriente del tribunal, si aquella parte decidiera promover otro incidente. Al establecer el monto que será depositado, el juez debe guiarse por la "actuación procesal" del vencido. Si pierde de nuevo, la parte perderá el depósito.<sup>594</sup> Si determina que se actuó de "mala fe", el juez puede aumentar la cantidad del depósito hasta el doble del máximo legal.

Otro mecanismo de eficiencia que vale la pena mencionar es la regla de "proponer una sola vez". Un abogado tiene derecho de posponer el día de la vista de una causa en los tribunales superiores por una sola vez, sin expresión de causa;<sup>595</sup> una vez que usa este derecho y si necesita usarlo nuevamente, deberá alegar una de las causas enumeradas por la ley, como por ejemplo, el tener un conflicto con otra vista el mismo día.

En 1988, en Chile se promulgaron extensas enmiendas al Código de Procedimiento Civil.<sup>596</sup> Uno de los objetivos de esta reforma fue el de combatir el atraso de los casos. Los períodos de tiempo fueron disminuidos, como en el caso de los que conciernen al abandono del procedimiento. Actualmente, si pasan seis meses sin que las partes lleven adelante la causa, se considera el caso como abandonado y se declara sin lugar la petición del demandante.<sup>597</sup> Anteriormente, la ley establecía que el plazo era de un año entero de inactividad. Por otra parte, y en relación al recurso de apelación, el plazo fue reducido de 6 a 3

3. No solicitar pruebas, ni realizar o hacer realizar actos inútiles o innecesarios, en defensa del derecho que sostengan.

Las partes y los terceros que actúen en el proceso con temeridad o mala fe son responsables por los daños y perjuicios causados.

Se presume, salvo prueba en contrario, que la parte o el tercero han actuado en el proceso con temeridad y mala fe, cuando:

1. Deduzcan en el proceso pretensiones o defensas de fondo o incidentales, manifiestamente infundadas.
2. Maliciosamente alteren u omitan hechos esenciales de la causa.
3. Obstaculicen de manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento del proceso.

<sup>593</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 88.

<sup>594</sup> Tanto esta multa como la mayoría de las que se contienen en el código, van a un fondo destinado a proporcionar servicio legal a indigentes. En relación al derecho de servicios legales gratuitos para indigentes, véase Código de Procedimiento Civil, arts. 129-137; Constitución de Chile, art. 19, párrafo 3, cl. 3.

<sup>595</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 165.

<sup>596</sup> Ley N° 18.705, mayo 1988. Véase en general Informe de la Excm. Corte Suprema, "Proyecto de Ley que Modifica los Códigos de Procedimiento Civil, Orgánico de Tribunales y de Procedimiento Penal", 14 Rev. de Derecho Procesal 101 (1987).

<sup>597</sup> Código de Procedimiento Civil, arts. 152, 153. En este caso los demandados deben solicitar que se declare abandonado el procedimiento y por lo tanto extinguida la acción, sugiriendo, con esto, que las partes pueden evitar tal extinción mediante un acuerdo mutuo. Asimismo, el abandono del procedimiento carece de la fuerza de res judicata. Código de Procedimiento Civil, art. 156.

meses, tratándose de la apelación de sentencias definitivas, y de 3 meses a 1 mes cuando la apelación verse sobre sentencias interlocutorias, autos o decretos.<sup>598</sup>

Otra regla que ahorra tiempo, disminuyó a la mitad el lapso para argumentar en apelación.<sup>599</sup> Finalmente, las enmiendas de 1988 aumentaron la cantidad de multas impuestas como sanciones por el código.

#### IX. CONCLUSIONES

Es hora de llevar este largo resumen a un cierre rápido. Viendo atrás a lo largo del texto, nos damos cuenta que sólo en algunos pasajes pudimos introducir mucho detalle acerca del procedimiento de Sudamérica y no muy frecuentemente pudimos analizar el mismo. Tal es el precio de nuestro deseo de ser globales.

Nuestros ojos han visto cientos de códigos producidos por decenas de legislaturas localizadas en tres continentes. Nuestra esperanza es de ofrecer un esquema que pueda enriquecer el conocimiento general de comparativistas en el derecho y que pueda ofrecer una cuña para abrir un poco la ventana a la abogacía en general.

El valor principal de este artículo, creemos, es su enfoque hacia un cuerpo de ley desatendido —el de las repúblicas de América del Sur— y una parte específica de ese cuerpo: el procedimiento civil, también desatendido. Si hubiéramos encontrado al término de este examen un procedimiento civil ordinario mal concebido e ineficiente, nuestra contribución sólo hubiera confirmado la sabiduría de distribuir recursos escolásticos en otra parte.

Lo que sí encontramos, fue un cuerpo rico en principios de procedimiento, que ofrecen experiencia y sabiduría considerable al mundo de los estudiantes jurídicos. En Sudamérica encontramos bastante adaptación local de códigos europeos, y no es posible concluir con buenos argumentos, que allí sólo pueden encontrarse copias ordinarias. También fue fascinante ver la incorporación en los códigos australes de técnicas procesales encontradas primordialmente en jurisdicciones del common law.

Mientras el "sabor" es de los procesos de la ley civil, muchos de los ingredientes fueron desarrollados en nuestra tierra del norte. Felizmente, entonces, nuestra investigación podrá despertar un interés en la ley de Sudamérica.

#### BIOGRAFIA

Richard B. Cappalli es Profesor de la Facultad de Derecho de la Temple University.

Enseñó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Puerto Rico desde 1967 hasta 1976. Bastante del texto e investigación para esta obra se hizo en Santiago de Chile, donde el autor fue catedrático Fulbright-Hayes en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en la segunda mitad de 1988.

<sup>598</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 211.

<sup>599</sup> Código de Procedimiento Civil, art. 233.

Se dio cuenta de que los profesores de derecho, tanto en Chile como en Europa, son abogados de tiempo completo o jueces que dan cátedra por honorarios mínimos y máximo prestigio y honor. Como consecuencia, sus muchas visitas a los tribunales y sus conservaciones acerca de la ley y procesos chilenos con los siguientes profesores-abogados fueron intensamente prácticas e informativas. Agradece al Decano y Profesor Juan Colombo Colón, Director y Profesor Roberto Nahum Anuch, Ministros y Profesores Enrique Paillás Peña, Ricardo Gálvez Blanco y Hernán Cereceda Bravo, Jueza y Profesora Nancy de la Fuente Hernández, Ministro Carlos Pereira Castro, Jueza Irma Meurer Montalva, Profesores y Abogados José Bernal Pereira, Ana María García Barzellato, Mario Mosquera Ruiz, Enrique Barros, Edmundo Pottstock y Claudio Díaz Uribe, y Abogados Mariano Fernández Méndez, María Alicia Molina de Pottstock y Carlos Alvarez Urquidi.

El autor condujo un seminario en procedimiento comparado, en el que fue pacientemente instruido en la ley y práctica chilena, especialmente por los estudiantes Patricio Durán Sottolichio, Luis Villarroel y Alvaro Araya Ibáñez. Aprecia la colaboración de la Honorable Jenny Book Reyes, una jueza de letras chilena y visitante Fulbright-Hayes en Philadelphia, quien ofreció perspectivas comparativas acerca de los códigos de procedimiento de Argentina y Colombia. El autor de gracias al estudiante Jesse Halvorsen por su ayuda con las notas y a la Universidad de Temple por una beca de investigación.

La traducción al inglés fue principalmente labor del estudiante de Nicaragua y estudiante de derecho en la Facultad de Temple, Mauricio Gómez Lacaya. Sus colegas Lisa González-White y Kara Ramos hicieron contribuciones valiosas también. Un caluroso agradecimiento brinda el autor a los tres.