

10. Poder de reparación

Los poderes de reparación de los tribunales chilenos aparecen, a primera vista, no menos amplios que los remedios judiciales existentes en los Estados Unidos.³⁵² Se encuentra el remedio familiar del embargo y venta para ejecutar sentencias que disponen el pago de dinero,³⁵³ además del uso de fuerza pública para llevar a cabo órdenes judiciales para entregar propiedades específicas, crear o destruir una obra material, suscribir un instrumento, constituir un derecho real o una obligación, y ordenar la restitución de bienes.³⁵⁴ Si la sentencia dispone pagos periódicos, el juez puede ordenar al deudor que incumpla el fallo, que presente garantía suficiente.³⁵⁵ La tradición de la ley civil supuestamente desconoce remedios equitativos;³⁵⁶ sin embargo, uno encuentra en el Código chileno decretos judiciales ordenando prestaciones de dar, hacer o no hacer.³⁵⁷

Un poder muy interesante se encuentra en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil:

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 de dos meses, determinados prudencialmente por el tribunal, sin perjuicio de repetir el apremio.

El significado literal de la cláusula citada provee autoridad abrumadora para asegurar obediencia a los decretos judiciales, incluyendo el poder de desacato. Verdaderamente, el poder de reparación parece ser no menos potente que aquel ejercido por los jueces federales de los Estados Unidos en los litigios encaminados a reformar las instituciones públicas.³⁵⁸ Según los abogados, jueces y estudiantes de derecho chilenos, sin embargo, la cláusula no es percibida por los jueces chilenos como un

³⁵² Véase, en general, Wright, "The Law of Remedies as a Social Institution", 18, *U. Det. L. J.*, 376 (1955).

³⁵³ Código de Procedimiento Civil, art. 235 (3).

³⁵⁴ *Idem*, arts. 235 (1), (5), (6).

³⁵⁵ *Idem*, art. 236.

³⁵⁶ Véase Merryman, *supra* nota 66, pp. 51 y 52, 56-58.

³⁵⁷ Código de Procedimiento Civil, art. 237.

³⁵⁸ Véase, por ejemplo, Cover, R.; Fiss, O. y Resnik, J., *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, 1292-1296 (1976).

instrumento de reforma y no es utilizada contra funcionarios del gobierno y entidades gubernamentales para garantizar los derechos civiles y constitucionales.³⁵⁹

Parte del problema puede ser que los tribunales chilenos dependen de la policía nacional, los carabineros, para hacer efectivas sus sentencias y mandamientos judiciales. Aunque los carabineros tiene el deber constitucional de cumplir lo ordenado por los jueces,³⁶⁰ la policía es una parte de la rama ejecutiva y en tiempo de agitación social y política, es probable que obedezca las órdenes del presidente en vez de las del juez.³⁶¹ Los tribunales también dependen de los carabineros para la investigación de los delitos, lo cual produce un problema cuando miembros de los carabineros son acusados de actos delictivos.³⁶² Por esta razón, el Repertorio Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha recomendado que Chile establezca una fuerza policiaca judicial.³⁶³

VI. RECURSOS DE APELACIÓN

1. *La doctrina de los precedentes judiciales*

Chile parece perseguir, casi con venganza, el postulado civil de que las legislaturas, no las cortes, hacen el derecho.³⁶⁴ La función judicial es

³⁵⁹ Históricamente, los jueces de la ley civil no han tenido poder civil de desprecio, véase Merryman, *supra* nota 66, pp. 57 y 58, lo cual puede explicar la actitud chilena sin explicar satisfactoriamente por qué la fuerza liberadora del artículo 238 no ha sido utilizada. Un caso similar en la legislación italiana ha sido usado bastante por los jueces para proteger derechos políticos, civiles y de empleo. Véase Chase, "Civil Litigation Delay in Italy and the United States", 36, *Am. J. Comp. L.*, 41, 73 (1988).

³⁶⁰ Constitución de Chile, art. 73 párr. 3.

³⁶¹ 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).

³⁶² Véase, por ejemplo, Zabel, W.; Orentlicher, D. y Nachman, D., *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).

³⁶³ Véase 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, p. 29.

³⁶⁴ Para una exposición sucinta del acercamiento "positivista" al derecho, véase Bascuñán, "El concepto de derecho y el problema de las fuentes del derecho; Rol expresivo e instrumental del derecho en la sociedad", en Squella, A. (ed.), *La cultura jurídica chilena* (1988) [de aquí en adelante citado como *Cultura jurídica*]. Para una crítica de éste, véase Barros, "Funciones del derecho y métodos de argumentación jurídica: Reflexiones sobre el positivismo y legalismo chileno", en *idem*, p. 105. Véase,

sencillamente para aplicar el cuerpo de normas estatutarias —códigos y otras leyes— a los hechos particulares de los casos. Este modo de pensar rechaza la doctrina de los precedentes judiciales del *common law* (o *stare decisis*). Al contrario, se decide cada caso individualmente, sin o con poca preocupación sobre resoluciones judiciales de casos semejantes en el pasado. Chile llega a este resultado por el primer mandato del Código Civil chileno que advierte que las decisiones de los tribunales tienen la fuerza obligatoria sólo respecto a las causas en que se han dictado.³⁶⁵

La tendencia europea ha sido la de modificar la aplicación estricta de este antiguo dogma civil. La poderosa posición moral del *common law*, que la justicia requiere dar el mismo trato a casos similares³⁶⁶ ha tenido su influencia, junto con la realización de que el ídolo de la ley civil, la certidumbre legal,³⁶⁷ está mal servido por las decisiones contradictorias. Este siglo ha sido testigo de la elevación de la doctrina llamada "jurisprudencia constante".³⁶⁸ Esto significa, más o menos, que cuando la corte última de un país ha decidido la misma cuestión en la misma manera dos veces o más, esta corte y sus inferiores están, más o menos, obligadas a obedecer la "regla" en futuros casos.

A pesar de las exhortaciones del profesor Mosquera Ruiz,³⁶⁹ los jueces chilenos están poco inclinados a dejarse influenciar por la fuerza de los principios de igualdad. En escasas ocasiones se ve el concepto de precedente judicial en las decisiones de las cortes de apelación chilenas. Puede leerse un volumen entero de una revista de jurisprudencia sin ver citado ni un solo precedente judicial. Es como si no existiera para el juez de apelación chileno el pasado, sólo los hechos del caso y el tenor literal de la ley. Esta costumbre se incrementa al fomentarse el desinte-

en general, Clark & Merryman, *supra* nota 80, pp. 306-307; Merryman, *supra* nota 66, pp. 40-49.

Una excelente pero vieja encuesta de filosofía del derecho a través de América Latina está en Kunz, *Latin American Philosophy of Law in the Twentieth Century* (1950). Al leer esta obra se constata de inmediato la gran diferencia entre el tribunal y la abogacía, y los filósofos.

³⁶⁵ Código Civil de Chile, art. 3 (1).

³⁶⁶ Véase Llewellyn, K. N., *The Bramble Bush*, 36 (1951); Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, 113 (1978).

³⁶⁷ Véase, por ejemplo, Merryman, *supra* nota 66, pp. 50 y 51; Karst, *supra* nota 33, p. 62.

³⁶⁸ Véase 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; Certoma, G., *The Italian Legal System*, 86 (1985).

³⁶⁹ Véase Morales Robles, E., IV *Explicaciones de derecho procesal*, 180 (Santiago, Chile, 1987) (clases transcritas del profesor Mario Mosquera Ruiz) [de aquí en adelante citado como IV *Explicaciones*].

rés en la compilación y reportaje de jurisprudencia,³⁷⁰ aunque la pregunta es si lo contrario es más bien la verdadera causa, es decir, si la ausencia de sistemas adecuados de reporte impide la citación del precedente pertinente. Ciertamente el estilo prevaleciente al redactar las opiniones judiciales no promueve el uso de la doctrina judicial. Las cortes de apelación chilenas no escriben opiniones completas; en cambio, reforman o sustituyen determinados párrafos o porciones de la decisión en alza que ellas creen necesitan corrección, sea en la determinación de hecho o de derecho. Para entender completa y precisamente la decisión del tribunal de apelación tendría que desenterrarse el fallo apelado de un polvoriento archivo viejo. Naturalmente, esto es demasiado engorroso para ser factible.

El juez de apelación chileno puede defender su práctica de ignorar los precedentes judiciales refiriéndose al artículo 170, número 5, del Código de Procedimiento Civil, el cual, en manera oblicua, refiere al juez a los Códigos y a leyes y a los "principios de equidad" en el proceso de decisión y no a los precedentes judiciales. (La cláusula le obliga a citar las leyes y principios de equidad que ha utilizado para llegar a su fallo.) Este argumento sería falso. En todos los sistemas legales maduros se entiende que los tribunales deben juzgar por igual a los casos iguales. De hecho, "la igualdad ante la ley" es el segundo derecho sagrado en la declaración de derechos humanos de Chile.³⁷¹ Por lo tanto, los principios de equidad deberían requerir un mínimo de esfuerzo para resolver el caso, hasta donde sea posible, al igual que los casos semejantes resueltos en el pasado y también para aplicar las leyes con uniformidad. Además, siempre es pertinente saber a donde la ley y equidad han conducido a los jueces en casos similares en el pasado; en particular ¿qué normas legales fueron citadas y aplicadas, y de qué manera? Esto se puede hacer sin atribuir una fuerza obligatoria a las resoluciones judiciales pasadas.

³⁷⁰ Por ejemplo, Chile no tiene compilaciones de derecho judicial como nuestro resumen de derecho estatal, *Corpus Juris, Am. Jur., ALR*, textos y manuales. Tiene algunos códigos anotados que contienen una lista de las decisiones de los tribunales y cita artículos particulares del Código. No se puede tener acceso a estos códigos anotados fácilmente. Examinamos unos cuantos, los cuales estaban bajo llave en la biblioteca de la Asociación de Abogacía de Chile. Chile sólo ha comenzado a computarizar sus fuentes de derecho y tiene, ahora, una pequeña base de información y terminales en los tribunales. La base de información de Italia, la cual observamos en julio de 1988, es bastante más extensa y fácilmente disponible a la abogacía romana. Falta de herramientas de investigación legal es común aparentemente en Sudamérica, véase Karst, *supra* nota 33, p. 65 y también Europa. Véase Schlesinger, *supra* nota 2, p. 330.

³⁷¹ Constitución de Chile, art. 19, párr. 2.

Sin embargo, el tribunal presente puede llegar a un balance equitativo diferente, al interpretar de un modo diferente un artículo del Código, o aplicar las normas legales a ciertos hechos en una manera distinta; en tal caso lo haría completamente consciente de los argumentos contrarios que convencieron a otro tribunal.

Todo lo que he dicho podría ser sencillamente una sutileza si el jurista chileno fuera capaz de obtener resultados correctos y consistentes sin referirse 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 de que todos los conflictos humanos traídos al tribunal de justicia fueran precisa y uniformemente juzgados. Este, por supuesto, no es el caso. El derecho chileno tiene sus ambigüedades, vacíos, contradicciones y propósitos conflictivos en sus reglas. Sospecho que si los millares de apelaciones que llegan a los tribunales superiores de Chile cada año³⁷² fueran comparadas, se encontrarían conflictos dramáticos y fuertes. Como un ejemplo modesto, uno se pregunta: ¿cómo los tribunales de apelación pueden juzgar racionalmente el *quantum* de daños morales³⁷³ en un caso particular de daños y perjuicios sin conocer el tamaño de los resarcimientos recientes en casos similares.³⁷⁴

Finalmente, la denigración chilena del precedente judicial tiene dos costos más, por lo menos desde mi perspectiva aquí en los Estados Unidos. Uno es la oportunidad para que la magistratura pueda articular y promulgar valores públicos.³⁷⁵ La mayoría de los jueces superiores norteamericanos son inmunes del control del electorado y pueden identificar, articular y auspiciar importantes valores constitucionales y otros valores públicos sin temor de represalia política. Los jueces chilenos son

³⁷² En el año 1986, las cortes de apelación de Chile emitieron 184, 960 sentencias y la Corte Suprema, 4,769. Véase "Discurso de inauguración del año judicial 1987", *Rev. Derecho y Jurisprudencia*, vol. 83, pp. x y xi (1987) [de aquí en adelante citado como Discurso 1987]. El lector debe mantener en mente que Chile liberalmente permite apelaciones interlocutorias. Véase el texto que acompaña a las notas 388-390, *infra*.

³⁷³ "Daños morales" de la ley civil incluyen una mezcla de daños no pecuniarios, incluyendo daños a los sentimientos. Véase, por ejemplo, 2 Zweigert, K. y Kotz, H., *An Introduction to Comparative Law*, 284 (1977).

³⁷⁴ Véase, por ejemplo, Jeldes, Jacinto (30 de diciembre de 1985, Ct. App., Santiago), *Rev. Derecho y Jurisprudencia*, vol. 82 (1986), 111, sec. 2, p. 129.

³⁷⁵ Véase, por ejemplo, Barros, "Funciones del derecho y métodos de argumentación jurídica: Reflexiones sobre el positivismo y legalismo chileno", *Cultura Jurídica*, *supra* nota 364, pp. 105, 115; Fiss, O., "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).

empleados de carrera y, en la tradición de los sistemas europeos de la ley civil,³⁷⁶ disfrutaban libertad de acción semejante.³⁷⁷ Pero su estatus "burocrático" disminuye, aparentemente, su derecho al papel de oráculo.³⁷⁸

La segunda oportunidad perdida es sencillamente una de conveniencia. Cada juez chileno tiene que inventar la rueda de nuevo en cada cuestión legal que se presenta. Él no aprovecha la ardua labor de sus hermanos que ya han trabajado sobre la misma cuestión.³⁷⁹ Como ejemplo, encontramos un reporte de un caso en el cual un juez inferior tuvo que determinar un fallo de daños morales, un ingrediente normal de las obligaciones extracontractuales de la ley civil, y en vez de citar un precedente judicial él escribió varios párrafos determinando si estos daños podrían ser compensados o no, obviamente un punto ya decidido por las cortes, y el contenido de los mismos, detalles también ya decididos en muchas ocasiones previas.³⁸⁰

Sospechamos que la dificultad en Chile de localizar precedentes judiciales es una explicación tan importante para la ausencia de la doctrina de precedente judicial como lo es la teoría de la supremacía legislativa. Sentencias de las cortes son publicadas selectivamente por el directorio editorial de la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Por eso la mayoría de las sentencias que pueden constituir el potencial precedente judicial desaparece. También existen códigos con anotaciones (digestos de opiniones jurídicas) pero solamente están disponibles para un porcentaje muy pequeño de los abogados. La investigación por computadora está 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

³⁷⁶ Véase, por ejemplo, *Civil Procedure in Spain*, *supra* nota 19, p. 403; Certoma, G., *The Italian Legal System*, 71-75 (1985); Herzog, P., *Civil Procedure in France*, 124-136 (1967); Ginsburg, R. B. y Bruzelius, A., *Civil Procedure in Sweden*, 98-104 (1965). Mehren, A. von y Gordley, J., *The Civil Law System*, 1146-1149 (2a. ed., 1977) [de aquí en adelante citado como *The Civil Law*]; *idem*, p. 1161.

"[A]lgunas de las teorías francesas contemporáneas de decisiones judiciales ofrecen bastante estímulo para legislación jurídica; por el contrario, el sistema francés de reclutamiento y avanzamiento de jueces no tiende a atraer tipos de personas que probablemente van a explotar lo más que puedan las posibilidades ofrecidas."

³⁷⁷ Véase Constitución de Chile, art. 77, párr. 1.

³⁷⁸ Véanse las autoridades citadas en la nota 376, *supra*. Para un debate interesante que concierne la calidad de una judicatura de profesión, compare Allen, Kock, Riechenberg y Roseen, "The German Advantage in Civil Procedure: A Plea for more details and Fewer Generalities in Comparative Scholarship", 82, *Nw. U. L. Rev.*, 705, 745-761 (1988) con Langbein, "Trashing the German Advantage", 82, *Nw. U. L. Rev.*, 763, 779-783 (1988).

³⁷⁹ Véase Llewelyn, K. N., *The Bramble Bush*, 64-66 (1951).

³⁸⁰ Véase Jeldes, Jacinto (30 de diciembre de 1985, Ct. App., Santiago), *Rev. Derecho y Jurisprudencia*, vol. 82 (1986), III, § 2, p. 129.

abogacía está en su mayoría basada sobre estatutos. Pequeños libros de pasta azul y desgastados por su uso, que contienen las leyes u otras compilaciones de la *corpus juris* chilena, son omnipresentes en los círculos legales. La memorización y recitación de sus contenidos son los ingredientes principales de la pedagogía legal. Después de egresar de la facultad de derecho y después de algunos años de ejercer la profesión, los abogados pueden recitar palabra por palabra grandes partes de este *corpus*. Tal parece ser natural para un sistema que enfatiza el encontrar la regla correcta y aplicarla silogísticamente a los hechos en mano.

El enfoque chileno del precedente judicial no es necesariamente duplicado por todo el hemisferio del Sur. Por ejemplo, Venezuela fomenta la uniformidad doctrinal a través del recurso de casación.³⁸¹ En el proceso de juzgar un caso "[l]os 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".³⁸² Además, Argentina tiene un proceso especial de apelación, el auto de "inaplicabilidad de la ley", invocable cuando la sentencia final de un juez inferior o sala de una Corte Superior contradice la doctrina legal establecida por esa corte o por una corte superior a ella.³⁸³ Una mayoría de los jueces en la Corte a la que pertenece la Sala que está dictando el auto puede reconsiderar la cuestión en un tribunal plenario. La interpretación de la ley por parte de la corte en pleno se convierte en precedente obligatorio para esa corte y para sus inferiores, hasta que sea modificada o revocada por una sentencia nueva del tribunal plenario.³⁸⁴

2. Normas generales de apelación

Chile y los Estados Unidos de Norteamérica tienen reglas totalmente distintas referentes a la clasificación de los autos, decretos y sentencias apelables. La regla de finalidad domina en la mayoría de los estados de la Unión Americana,³⁸⁵ y en el sistema federal tam-

³⁸¹ Para discusión de casación, véase el texto que acompaña a las notas 461-480, *infra*.

³⁸² 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).

³⁸³ Véase Código argentino, arts. 288-303.

³⁸⁴ *Idem*, art. 303.

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

bién.³⁸⁶ Para prevenir la revisión parcial y la postergación inmoderada de la causa, esta regla de finalidad permite la apelación únicamente de las sentencias definitivas, esto es, una decisión del tribunal que concluye la disputa y no deja nada por hacer excepto ejecutar la sentencia.³⁸⁷ Todos los autos y decretos judiciales dictados durante la sustanciación de la causa son considerados interlocutorios y por lo tanto no pueden ser apelados. Chile, en general, revierte la práctica nuestra y hace inmediatamente apelables³⁸⁸ todos los mandamientos no finales que podrían afectar los méritos.³⁸⁹ Para tramitar las causas mientras se permite la revisión parcial, Chile autoriza al tribunal inferior que continúe el proceso, sujeto al mandamiento especial de suspensión mientras que el punto en apelación se disputa arriba.³⁹⁰

Las generalizaciones arriba indicadas simplifican notoriamente la serie de normas complejas y extensas, existentes en ambos sistemas jurídicos. Tomaría un volumen y meses de estudio para entender y explicar las reglas chilenas de apelación. Están tan superpuestas y son tan ambiguas, que saber cuál mandamiento judicial es inmediatamente apelable resulta ordinariamente una tarea ardua y a veces imposible. Encontramos

³⁸⁶ 28 U. S. C. § 1291 (1987) ("decisión final" de las cortes de distrito).

³⁸⁷ Véase, por ejemplo, *Catlin vs. United States*, 324 U. S. 229, 233 (1945); *United States vs. Feeney*, 641 F.2d 821 (10o. Cir., 1981); *Gavlik Construction vs. H. F. Campbell Co.*, 526 F.2d 777, 781-783 (3er. Cir., 1975).

³⁸⁸ Yo uso la palabra "apelación" no técnicamente para cubrir todas las formas de revisiones por cortes superiores, reconociendo que en Chile *apelación* y *revisión* es cada una un proceso específico.

³⁸⁹ Véase Código de Procedimiento Civil, arts. 158, 187. En comparación, Venezuela permite sentencias interlocutorias solamente creando decretos que produzcan "gravamen irreparable", Código venezolano, art. 289.

³⁹⁰ La apelación es permitida en el efecto devolutivo, véase Código de Procedimiento Civil, art. 192, y muchas veces el código especifica qué apelaciones son permitidas sólo con base en eso. Véase, por ejemplo, Código de Procedimiento Civil, arts. 100 (acumulación de causas), 112 (competencia), 132 (apelación de la sentencia que acepte el privilegio de la pobreza), 159 (periodo de nuevas pruebas), 194 (1) (resoluciones dictadas en juicios sumarios), 194 (2) ("autos", decretos y sentencias interlocutorias), 194 (4) (resoluciones que ordenen alzar medidas precautorias), 241 (concesión de apelaciones), 307 (objeciones preliminares), 319 (hechos controvertidos fijados) 366 (interrogación de testigos). El apelante podrá pedir a la corte superior que dicte una orden de no innovar, la que para su ejecución, siendo apelada la cual, puede tener el efecto de paralizar el procedimiento entero, dependiendo de la naturaleza de la orden. Véase Código de Procedimiento Civil, art. 292. Véase también auto acordado de la Corte Suprema, tramitación y fallo de los recursos de queja, 1º de diciembre de 1972, §§ 6-8, en Código Judicial, pp. 311, 319 y 320 (todo el procedimiento es parado más abajo).

cinco clasificaciones generales de mandamientos,³⁹¹ las primeras tres son apelables.³⁹²

Primero, la sentencia definitiva, la que finaliza a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio. Esto es relativamente fácil de comprender: sentencias que alcanzan los méritos y finalizan el caso. Segundo, están las sentencias interlocutorias de primera clase. Estas son resoluciones judiciales que establecen derechos permanentes a favor de las partes. La lógica interna de la definición es que el término derecho incluye lo procesal además de sustantivo. Por ejemplo, si la acción fuera desechada por falta de competencia sobre la materia, o por la incapacidad de una parte, o por un defecto en la demanda, esto otorgaría un derecho procesal en la parte ganadora y por medio de eso le proporcionaría una oportunidad de apelación al perdedor. La segunda clase de sentencias interlocutorias es una decisión intermedia sobre la cual la sentencia definitiva, o la sentencia interlocutoria de primera clase, puede ser basada. Esto parece alcanzar eventos que ocurren antes de los méritos o antes del establecimiento de derechos permanentes, los cuales son predicados esenciales para tales acciones finales. Buenos ejemplos pueden ser la acción de un juez al determinar las preguntas que se le van a hacer al testigo³⁹³ o la de resolver una petición para descalificar a un testigo.³⁹⁴

Las dos clasificaciones restantes son de mandamientos que típicamente no son apelables. Uno es un "auto". El auto es una decisión que no está comprendida en ninguna de las primeras tres categorías, o sea, las sobras. Finalmente, está el decreto, que tiene como único objetivo la determinación o fijación del curso del procedimiento. El decreto parece ser una actuación judicial *sua sponte* de índole ejecutivo, porque a diferencia del auto, el decreto no se emite en respuesta a un incidente. Este concepto procesal, el "incidente", parece ser un acontecimiento interino en el cual una parte hace valer un derecho procesal, opuesto por otras, y que, normalmente, requiere una audiencia.³⁹⁵ Del incidente surge un mandamiento judicial que podría ser una sentencia interlocutoria apelable de primera o segunda clase o quizás un auto inapelable, dependiendo de su impacto en los méritos o en las partes.

¡Vaya! Hay que tener piedad de los jueces chilenos de primera instancia, que tienen que aplicar estas múltiples y esponjosas definiciones

³⁹¹ Código de Procedimiento Civil, art. 158.

³⁹² *Idem*, art. 187.

³⁹³ *Idem*, arts. 365, 366.

³⁹⁴ *Idem*, art. 373.

³⁹⁵ *Idem*, art. 82.

a cada una de sus decisiones diarias. Sospecho 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 número de procesos descritos en los códigos.³⁹⁶

La regla de la sentencia final de los Estados Unidos borra mucha de la complejidad chilena, al igual que la típica regla estatal que una vez presentada la apelación el tribunal inferior pierde su jurisdicción.³⁹⁷ Sin embargo, las diferencias entre los dos sistemas jurídicos se hacen considerablemente menores cuando se contemplan las muchas excepciones judiciales y estatutarias a la regla norteamericana de finalidad. Por ejemplo, un auto de *mandamus* puede ser dictado por las cortes de apelación para evacuar un mandamiento interlocutorio cuando el juez inferior ha violado un claro deber legal³⁹⁸ o ha cometido un obvio abuso de discreción.³⁹⁹ Mientras aquel auto es para situaciones extraordinarias, los estándares citados ofrecen flexibilidad para intervenir en el nombre de la justicia, particularmente del modo como son aplicados en los tribunales estatales de los Estados Unidos.⁴⁰⁰ Otra ilustración es la excepción llamada "*collateral order doctrine*", la que permite la revisión de mandamientos inferiores que sean 1) demasiado importantes para negar supervisión inmediata; 2) colaterales a los méritos, y 3) incorregibles en la revisión de la sentencia final.⁴⁰¹ Estas excepciones son escasamente auto-ejecutables; ellas requieren clasificaciones difíciles, como en el sistema chileno.

El lector no encuentra en los párrafos anteriores ni derecho claro ni comparación refinada. Pero nuestro esfuerzo descriptivo sirve un propósito importante al ilustrar la fascinación de la ley civil en definiciones y clasificaciones, ordinariamente declaradas a niveles extraordinariamente altos de generalidad. Los abogados chilenos a los que hemos preguntado sobre estas reglas apelativas fueron al instante capaces de recitarlas casi literalmente (palabra por palabra). Esto refleja el modo de lectura-memorización de la educación legal en Chile⁴⁰² como en Europa⁴⁰³ y

³⁹⁶ Véase, por ejemplo, *idem*, arts. 31, 88, 90, 107, 126, 181, 319.

³⁹⁷ Véase, por ejemplo, *Apóstol vs. Gallion*, 870 F.2d 1335, 1337 (7o. Cir., 1989) ("Como regla sólo un tribunal maneja un caso a la vez"), Pa. R. A. P. 1701 (a).

³⁹⁸ *Civil Procedure*, *supra* nota 118, p. 595.

³⁹⁹ *A. Olnick & Sons vs. Dempster Bros., Inc.*, 365 F.2d 439, 443 (2o. Cir., 1966).

⁴⁰⁰ *Procedimiento Civil*, *supra* nota 118, p. 595, n. 31.

⁴⁰¹ Por ejemplo, *Cohen vs. Beneficial Loan Corp.*, 337 U. S. 541, 546 (1974).

⁴⁰² Véase Lavados, "El conocimiento jurídico y su cultivo y difusión en las facultades de derecho", *Cultura Jurídica*, *supra* nota 364, pp. 117, 120.

⁴⁰³ Véase *The Civil Law*, *supra* nota 376, p. 1139; Von Mehren, "The Judicial Process: A Comparative Analysis", 5, *Am. J. Comp. L.*, 197, 210-211 (1956).

en otras partes de Sudamérica.⁴⁰⁴ Cuando lo sondeamos con casos y problemas hipotéticos, el abogado chileno cayó rápidamente del dogma a la duda, confusiones necesarias, el producto de la alta abstracción del dogma aprendido de memoria.

Como en los Estados Unidos,⁴⁰⁵ Chile impone limitaciones jurisdiccionales de tiempo para apelar, utilizando en sus estatutos el adjetivo colorido "fatal".⁴⁰⁶ Una diferencia, menor en teoría pero mayor en la práctica, es el límite de tiempo para apelar una sentencia final. En Chile se le da al abogado sólo diez días, empezando en la fecha de notificación.⁴⁰⁷ Antes de 1988 el plazo para apelar era aún más corto, cinco días, pero fue alargado para dar a los abogados tiempo para satisfacer un nuevo requisito de incluir en el escrito de apelación los fundamentos de hecho y derecho sosteniendo el recurso. Esto se compara a los treinta días otorgados en los Estados Unidos.⁴⁰⁸ El límite chileno sería imposiblemente corto en nuestras jurisdicciones en donde, primero es común colocar la apelación en las manos de un abogado nuevo y, segundo, el recurso involucra gastos significativos al cliente y, tercero, las sanciones para peticiones frívolas pueden ser severas.⁴⁰⁹ Es supponible que, ninguna de estas condiciones se apliquen en Chile, y una decisión rápida sobre apelar o no es factible allá, aunque se puede especular sobre si el periodo corto fomenta apelaciones.⁴¹⁰

3. *Apelación*

Al igual que en los Estados Unidos, la "apelación" en Chile es el modo tradicional de llevar un asunto de primera instancia al nivel superior,⁴¹¹ aunque una recién llegada, la queja, lo está reemplazando rápidamente.⁴¹² La Corte de Apelación es una de las diecisiete que encon-

⁴⁰⁴ Véase Karst, *supra* nota 33, pp. 66-69.

⁴⁰⁵ Véase, por ejemplo, Landers, J.; Martin, J. A. y Yeazell, S., *Civil Procedure*, 879 (2a. ed., 1988).

⁴⁰⁶ Código de Procedimiento Civil, art. 189.

⁴⁰⁷ *Ibidem*.

⁴⁰⁸ Véase, por ejemplo, Fed. R. App. P. 4 (a) (1); Pa. R. C. P. 903 (a).

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

⁴¹⁰ Tomando en cuenta las 189,606 sentencias dictadas por las 16 cortes de apelación chilenas, véase el texto que acompaña a la nota 424 *infra*; la pregunta es si cualquier apelación en Chile es considerada "frívola".

⁴¹¹ Véase Código de Procedimiento Civil, arts. 186-230 (reglas de apelación); Código Judicial, arts. 54-92 (cortes de apelación).

⁴¹² Véase el texto que acompaña a las notas 442-460, *infra*.

tramos en la etapa intermedia.⁴¹³ Sin embargo, la primera instancia podría ser en una corte de apelación, como cuando un auto de protección es presentado allí.⁴¹⁴ En tal caso el recurso de apelación será presentado ante la Corte Suprema chilena. En 1986 las partes presentaron en Chile 1,524 apelaciones en las cortes superiores, 32% de todos sus expedientes mientras que el número de quejas ascendió a 2,263: 47%.⁴¹⁵

En la teoría y la práctica, la revisión por la Corte de Apelación chilena se espera en el curso normal del litigio. La Corte puede revocar la sentencia por error de hecho o derecho con pocas restricciones técnicas.⁴¹⁶ Chile desconoce el concepto norteamericano de que sólo una determinación de hecho claramente errónea es revocable⁴¹⁷ o el de que una evidencia sustancial basta para apoyar la sentencia del inferior.⁴¹⁸ Estas doctrinas en los Estados Unidos protegen todas las determinaciones de hecho del tribunal inferior, menos las más atroces. Un profesor chileno de derecho ha declarado que la apelación de derecho produce mayor certidumbre legal y exactitud al sustituir las opiniones de una Sala de tres jueces por la de un solo juez inferior.⁴¹⁹ 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 testigos juega un papel pequeño,⁴²⁰ la decisión está basada en su mayor parte sobre un expediente escrito igualmente disponible a la Corte de alzada. Más aún, la marcada distinción en función en nuestro país, entre los creadores del derecho, las cortes de apelación, y los aplicadores del derecho, los tribunales de primera instancia,⁴²¹ no sostiene el sistema de ley civil en donde el valor del precedente de las decisiones de las cortes superiores se desconoce.

⁴¹³ Código de Procedimiento Civil, art. 187.

⁴¹⁴ Véase el texto que acompaña a las notas 505-525, *infra*.

⁴¹⁵ Véase *Discurso 1987*, *supra* nota 372, p. x.

⁴¹⁶ En la ley civil, "[l]a corte de revisión concibe su función como esa de hacer una determinación nueva sobre los méritos". Herzog y Karlen, "Attacks on Judicial Decisions", en Cappelletti, M. (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law: Civil Procedure*, vol. XVI, cap. 8, §§ 8-50, p. 26 (1982) [de aquí en adelante citado como Herzog].

⁴¹⁷ Véase, por ejemplo, Fed. R. Civ. P. 52 (a) (la apreciación de hechos en un juicio por el juez puede ser abrogada sólo cuando está "claramente erróneo").

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

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

⁴²⁰ Véase el texto que acompaña a las notas 305-309, *supra*.

⁴²¹ Véase Fed. R. Civ. P. 52 (a) nota del Comité de Asesoramiento (enmienda de 1985).

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 adversa significativa, concordando con los teóricos de que dos mordiscos de la manzana son mejor que uno.⁴²² En 1986 un total tambaleante de 189,606 revisiones fueron registradas en las 16 (ahora 17)⁴²³ cortes de apelación chilenas.⁴²⁴ Esto viene a ser una apelación por cada 62 chilenos, convirtiendo, por comparación, a los supuestamente litigiosos norteamericanos en una familia feliz. Estas apelaciones, que desafortunadamente la recopilación no separa por tipo, 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.

Parecería, entonces, que los jueces sencillamente no tienen tiempo para leer cuidadosamente el expedientillo del caso apelado. En efecto, los hechos del caso son resumidos y presentados oralmente a la Sala por un funcionario de la Corte llamado "relator".⁴²⁵ Aunque no hay datos recopilados, se puede conjeturar que pocas revocaciones basadas en los hechos son producidas por este sistema. Esta conclusión se refuerza por la práctica de la apelación chilena de depender de los argumentos orales y no escritos de los abogados. Realmente, nuestros abogados especializados en apelaciones se sorprenderán cuando se enteren que los alegatos escritos están prohibidos.⁴²⁶ Hemos observado audiencias de apelación y podemos decir con seguridad que ninguno de los dos, ni argumentación oral de los abogados ni recitación de los hechos por parte de los relatores, es conducente a una revisión de hechos penetrante, salvo los casos más sencillos.

En la tradición de la ley civil los tribunales de apelación están autorizados para recibir nuevas pruebas,⁴²⁷ pero en Chile este poder es agudamente circunscrito. Las cortes pueden recibir nuevas pruebas en los siguientes casos: 1) pruebas referentes a las defensas de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo;⁴²⁸ 2) instrumentos públicos, esto

⁴²² 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 50%).

⁴²³ Véase Código Judicial, art. 54.

⁴²⁴ Véase *Discurso 1987*, *supra* nota 372, p. xi.

⁴²⁵ Véase Código Judicial, art. 372 (3).

⁴²⁶ Véase Código de Procedimiento Civil, art. 226. En Chile, al contrario de algunos otros países de habla hispana, un alegato no es el escrito del abogado, pero sí su argumento oral.

⁴²⁷ Merryman, *supra* nota 66, p. 127.

⁴²⁸ Código de Procedimiento Civil, arts. 207, 310.

es, prueba documental especialmente reconocida,⁴²⁹ puede ser presentada en cualquier momento antes de la audiencia de apelación;⁴³⁰ 3) en apelación se permite a cada parte, sólo una vez, pedir confesión judicial a la parte contraria,⁴³¹ y 4) el testimonio oral original puede ser recibido en apelación cuando la corte apelativa encuentra que tal prueba no fue obtenible durante las diligencias probatorias anteriores y la evidencia nueva es estrictamente necesaria para la acertada resolución de la controversia.⁴³² Las diligencias probatorias ante el Tribunal de apelación pueden ser conducidas ante un solo miembro de la Sala comisionado a oír la apelación.⁴³³ Nos han dicho los ministros que las diligencias probatorias en apelación son sucesos raros, a pesar de los derechos teóricos ya enumerados. Dada la carga enorme de casos se esperaba un cierto desagrado ministerial si los litigantes piensan ejercer ese derecho.

El papel de los abogados en Chile es prácticamente el contrario del de la práctica de apelación en los Estados Unidos. Nosotros estamos acostumbrados a los escritos legales detallados y argumentos orales cortos, siendo el último interrumpido constantemente por preguntas de la magistratura. En Chile, los abogados no someten sus escritos de apelación; más bien son declaraciones sumariales de sus puntos de derecho. Pero subsiguientemente se les permite argumentar sin interrupciones hasta por una hora en apelaciones de sentencias finales y hasta por treinta minutos en apelaciones interlocutorias.⁴³⁴ Un ministro en Santiago con alguna experiencia de la práctica en los Estados Unidos plantea a menudo preguntas suaves a los abogados chilenos, a su sorpresa y consternación. ¡Varios compañeros de banca de este ministro cuestionan su desviada práctica importada!

Un último punto de distinción merece atención. La apelación chilena es al principio verificada por el juez cuya decisión está siendo apelada.⁴³⁵ Él concede o no la apelación dependiendo de si el mandamiento particular es apelable, si el límite de tiempo ha sido satisfecho, y si los papeles de apelación están en orden. Él también determina si la apela-

⁴²⁹ *Idem*, arts. 342-355; texto que acompaña a las notas 331-334, *supra*.

⁴³⁰ Código de Procedimiento Civil, arts. 207, 348.

⁴³¹ Código de Procedimiento Civil, arts. 207, 385. Véase el texto que acompaña a las notas 323-330, *supra*.

⁴³² Código de Procedimiento Civil, art. 207.

⁴³³ *Idem*, art. 325.

⁴³⁴ *Idem*, art. 223. Las enmiendas de 1988 (véanse autoridades citadas en la nota 596, *infra*) redujeron el periodo del argumento oral por la mitad. Respecto a la casación (véase el texto que acompaña a las notas 461-480, *infra*), cada abogado tiene dos horas para argumentar una casación en el "fondo" y una hora para casación en la "forma". Código de Procedimiento Civil, art. 783.

⁴³⁵ Código de Procedimiento Civil, art. 196.

ción es interlocutoria o no. Todas estas acciones son corregibles por la Sala de apelación.⁴³⁶ En la típica práctica estadounidense el permiso del tribunal apelado no es necesario para entablar una apelación, aunque la petición es presentada allí.⁴³⁷ En verdad, la regla normal es que la apelación remueve la jurisdicción del tribunal inferior.⁴³⁸ Si el proceso fuera defectuoso, la corte de alzada pudiera desecharla de oficio o a petición de parte.⁴³⁹ La práctica chilena corresponde a las apelaciones excepcionales en los Estados Unidos,⁴⁴⁰ como cuando se busca una apelación interlocutoria bajo autoridad especial de ley, como por ejemplo el proceso federal de la pregunta certificada.⁴⁴¹ En estos casos el tribunal inferior participa en determinar la conformidad del asunto para apelación.

4. *Recurso de queja*

La queja, que traducimos al inglés como *grievance*,⁴⁴² es un recurso propio de Chile de múltiples usos que debe su origen al proceso tradicional para disciplinar jueces. La Constitución chilena autoriza a la Corte Suprema a ejercer poder disciplinario sobre todos los tribunales de la nación.⁴⁴³ Esta autoridad constitucional es suplementada por una autoridad disciplinaria específica y por procedimientos investidos por el Código Orgánico Judicial en la Corte Suprema y también en las Cortes de Apelación.⁴⁴⁴ El Código enumera las clases de conductas sujetas a la disciplina: una categoría es la conducta inmoral o antiética, tal como faltar de palabra a sus superiores, abuso de empleados, negligencia en el cumplimiento de sus deberes, actos inmorales, incurrir en deudas personales excesivas, y favoritismo en nombramientos;⁴⁴⁵ una segunda categoría cubre acción judicial abusiva, tal como retrasos inexcusables en

⁴³⁶ *Idem*, art. 203.

⁴³⁷ Véase, por ejemplo, Fed. R. App. P. (3); Pa. R. A. P. 902.

⁴³⁸ Véase, por ejemplo, Pa. R. C. P. 1701 (a).

⁴³⁹ Véase, por ejemplo, Fed. R. App. P. 27 (a); Internal Operating Procedures for the Commonwealth Court, § 221 (abril de 1985) en *Pennsylvania Rules of Court*, 281 (1988); Rules of the United States Court of Appeals for the Third Circuit, cap. 10, párr. D (mayo de 1983), en *Pennsylvania Rules of Court: Federal*, 24 (1988).

⁴⁴⁰ Véase Fed. R. Civ. P. 54 (b).

⁴⁴¹ Véase, por ejemplo, 28 U. S. C., § 1292 (b) (1987).

⁴⁴² Mientras que la "queja" de traducción parece ser más natural, esta palabra ya es usada para describir la primera alegación del demandante.

⁴⁴³ Constitución de Chile, art. 79.

⁴⁴⁴ Código Judicial, arts. 66, 96 (4), 535, 541.

⁴⁴⁵ *Idem*, art. 544.

dictar sentencias y decretos,⁴⁴⁶ ausencia en las audiencias que el juez mismo ha citado, y órdenes de medidas precautorias manifiestamente injustificadas.⁴⁴⁷ Las sanciones imponibles por cualquiera de las conductas enumeradas incluyen amonestación privada, censura por escrito, pago de costas, multas y suspensión con medio sueldo por cuatro meses o menos.⁴⁴⁸ Estas penas son sólo para la conducta judicial que constituye falta o abuso por caer en o estar cerca de las categorías y descripciones ya mencionadas. Crímenes, incluyendo delitos menores, no están sujetos a este régimen, sólo lo está esa conducta ubicada entre lo correcto y lo criminal.⁴⁴⁹

A través de los años el proceso disciplinario llegó a incluir el sencillo error judicial en la tramitación normal de las causas y en las sentencias. En 1962 la Corte Suprema de Chile consagró esta práctica al dictar un decreto que formalizó el recurso de queja como un proceso de apelación poco excepcional.⁴⁵⁰ El auto lleva atavíos atractivos. Primero, no está sujeto a trabas de tecnicismos. Cualquier acción judicial está sujeta a una queja inmediata siguiendo el proceso sencillo de: 1) pagar derechos fiscales en cantidades modestas; 2) agregar una certificación expedida por el secretario sobre 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, e información básica del caso, y 3) someter un escrito el cual describe la acción respecto de la que el agraviado quiere socorro e incluye una copia o un resumen del mismo.⁴⁵¹ El agraviado, aparentemente, no tiene que especificar la base legal de su demanda. Si la queja es oportuna dentro del plazo fatal de cinco días contados desde la notificación de la resolución ⁴⁵² y cumple con los pocos requisitos sencillos descritos arriba, la corte superior ordena a la inferior que presente un informe de su acción, dentro de ocho días.⁴⁵³ Este informe no necesita contener, al parecer, justificación legal para la acción. La corte superior también determina si el procedimiento inferior puede continuar mien-

⁴⁴⁶ Los jueces de letras remiten el estatus de casos cada mes al ministro de su respectiva corte de apelación. Véase Código Judicial, art. 586.

⁴⁴⁷ *Idem*, art. 545.

⁴⁴⁸ *Idem*, art. 537.

⁴⁴⁹ *Ibidem*.

⁴⁵⁰ "Auto acordado de la Corte Suprema sobre transición y fallo de los recursos de queja", 1º de diciembre de 1977, publicado en el Código Judicial, p. 317 [de aquí en adelante citado como Auto].

⁴⁵¹ Auto, *supra* nota 450, en § 1.

⁴⁵² Código Judicial, art. 549; Auto, *supra* nota 450, en § 2.

⁴⁵³ *Idem*, en § 3.

tras que revisa la queja.⁴⁵⁴ La Sala de apelación pone la causa adelante de las apelaciones ordinarias⁴⁵⁵ y rápidamente decide la queja, con la discreción de oír las partes o no.⁴⁵⁶ El fallo que decide en favor del recurrente contendrá "las consideraciones que demuestren la falta o abuso, o los errores u omisiones manifiestos 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".⁴⁵⁷ El tribunal que rechaza la queja no necesita, ni en la práctica lo hace, especificar su razonamiento.⁴⁵⁸

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 creciente; la queja es ahora el recurso apelativo más común en Chile.⁴⁵⁹ Es especialmente útil para los abogados cuya estrategia oculta es postergar la causa, la sanción para el uso frívolo del auto es nominal y quizás hasta noble: la pérdida de la consignación hecha, la cual irá en beneficio de la Junta de Servicios Legales.⁴⁶⁰

5. Casación

En la tradición de la ley civil, el recurso de casación es el modo clásico de llevar error en derecho a la corte superior.⁴⁶¹ Chile emplea esto, a más de una variación utilizada para traer ciertos defectos técnicos en un caso a la atención de la corte de alzada.⁴⁶² El primero se llama casación en el fondo; el último se llama casación en la forma.

Casación en el fondo. Este recurso es dictado por la Corte Suprema de Chile sobre sentencias de las cortes apelativas intermedias con el propósito de invalidar aquellas sentencias viciadas por infracción de ley.⁴⁶³ La palabra "ley" significa las promulgaciones positivas del Esta-

⁴⁵⁴ Simultáneamente con el "agravio", el agraviador hará una petición para una "orden de no innovar", la cual explica por qué sería injusto que el cuerpo inferior efectuara su orden o, de otra manera, procediera mientras el cuerpo de apelación determina el agravio. Véase *idem*, en §§ 6-8.

⁴⁵⁵ Véase Código Judicial, art. 548.

⁴⁵⁶ Auto, *supra* nota 450, en § 9.

⁴⁵⁷ *Idem*, en § 12, párr. 1. Véase también *idem*, en § 16.

⁴⁵⁸ *Idem*, en § 13, párr. 2.

⁴⁵⁹ Véase el texto que acompaña a la nota 415, *supra*.

⁴⁶⁰ Auto, *supra* nota 450, en § 22.

⁴⁶¹ Véase Clark & Merryman, *supra* nota 80, p. 307; Schlesinger, *supra* nota 2, pp. 332 y 333. Muchos países latinoamericanos han sustituido la casación por una "tercera instancia", esto significa una tercera revisión de hechos y derechos. Véase Vescovi, *supra* nota 8, p. 216.

⁴⁶² Código de Procedimiento Civil, arts. 764-816.

⁴⁶³ *Idem*, art. 767.

do, no comprende al precedente judicial, pues no es una fuente de derecho en Chile.⁴⁶⁴ El error debe haber influido sustancialmente en la sentencia,⁴⁶⁵ una norma que imita nuestra regla de error perjudicial.⁴⁶⁶ Además, la sentencia inferior tiene que ser inapelable.⁴⁶⁷ Hemos visto que las apelaciones pasan las causas sólo de cortes de primera instancia a la próxima corte superior.⁴⁶⁸ Por lo tanto, siempre que una corte de apelación ha actuado en primera instancia, como en caso de conocer un recurso de protección,⁴⁶⁹ la vía apropiada a la corte superior es la apelación. Cuando una corte de apelación ha actuado en segunda instancia, como en un recurso del tribunal de primera instancia, el próximo nivel de revisión puede ser por casación o, como ya ha sido indicado, por el recurso de queja.⁴⁷⁰ Se ofrece casación también contra los árbitros de derecho⁴⁷¹ actuando en segunda instancia.

La casación en el fondo requiere que el recurrente demuestre, en una controversia civil, que la materia tiene un valor económico que excede de quince unidades tributarias mensuales.⁴⁷² Sólo las causas que involucren el estado civil o la capacidad personal están exentas del requisito de obtener un certificado de valoración del tribunal inferior.

Los recursos de casación chilenos están incrustados con complejidades procesales en las que no necesitamos detenernos.⁴⁷³ Nos han dicho que la corte de alzada chilena desecha muy rápido una petición técnicamente defectuosa. A causa de que la revisión legal es fácilmente obtenida por medio del recurso de queja,⁴⁷⁴ la casación en el fondo aparentemente se está volviendo obsoleta en Chile.⁴⁷⁵

⁴⁶⁴ Véase el texto que acompaña a las notas 364-384, *supra*. Si "leyes" de naturaleza procesal son sometidas a casación de méritos, es un asunto complicado más allá de nuestro conocimiento. Véase, en general, IV *Explicaciones*, *supra* nota 369, pp. 186 y 187.

⁴⁶⁵ Código de Procedimiento Civil, art. 767.

⁴⁶⁶ Véase, por ejemplo, 28 U. S. C., § 2111 (1987) ("Sobre la audiencia de cualquier apelación o auto de avocación en cualquier caso, la corte deberá pasar sentencia después de una examinación del expediente sin tomar en cuenta errores o defectos, los cuales no afectan los derechos sustanciales de las partes").

⁴⁶⁷ Código de Procedimiento Civil, art. 767.

⁴⁶⁸ Véase el texto que acompaña a la nota 413, *supra*.

⁴⁶⁹ Véase Constitución de Chile, art. 20.

⁴⁷⁰ Véase el texto que acompaña a las notas 442-460, *supra*.

⁴⁷¹ Véase el texto que acompaña a las notas 569-572, *infra*.

⁴⁷² Código de Procedimiento Civil, art. 767.

⁴⁷³ Véase, en general, IV *Explicaciones*, *supra* nota 369, en caps. 11 y 12.

⁴⁷⁴ Véase el texto que acompaña a las notas 451-458, *supra*.

⁴⁷⁵ En 1986 la Corte Suprema de Chile recibió 211 peticiones para recurso de casación de méritos, comparado con 1,180 recursos de agravio. Véase *Discurso 1987*, *supra* nota 372, p. x.

Casación en la forma. Este es un recurso de uso limitado, dictable por la Corte Suprema o por una superior, para corregir ciertos defectos técnicos en la sentencia del inferior. Los motivos precisos son: ⁴⁷⁶ 1) haber sido la sentencia 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 recusable; 3) haber sido dictada en los tribunales colegiados por un número de votos inferior al requerido por la ley o con la concurrencia de jueces que no asistieron a la audiencia de la causa; 4) ser una sentencia *ultra petita*, esto es, haber otorgado más de lo pedido por las partes ⁴⁷⁷ o haber extendido a puntos no sometidos a la decisión del tribunal; 5) existencia de error en la forma de la sentencia; ⁴⁷⁸ 6) en sentencia dictada en causa pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que ésta se haya alegado oportunamente en el juicio; 7) cuando la misma sentencia contiene decisiones contradictorias; 8) cuando la sentencia del superior en un asunto apelado haya sido declarada legalmente desierta, prescrita o desistida, y 9) en las sentencias que carecen de un elemento declarado esencial por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes dispongan expresamente que se produzca nulidad. Como en el caso de la casación en el fondo, el solicitante debe mostrar que el error influye en el fondo de la sentencia y que el perjuicio del solicitante puede ser rectificado al revocarla. Si el error es sencillamente que el tribunal que dicta la sentencia no mencionó y no decidió sobre un reclamo o defensa oportunamente presentada, ⁴⁷⁹ la corte de apelación puede devolver la causa con la orden de que el tribunal inferior "complete la sentencia". ⁴⁸⁰

6. *Revisión constitucional*

En los Estados Unidos estamos acostumbrados a la "revisión constitucional" (*judicial review*), lo cual es poner a prueba las leyes y las acciones gubernamentales bajo nuestras normas constitucionales; este proceso ocurre en todos los niveles tanto en los tribunales estatales como en los

⁴⁷⁶ Código de Procedimiento Civil, art. 768.

⁴⁷⁷ Comparar Fed. R. Civ. P. 54 (c) ("[T]oda sentencia final deberá dar la reparación a la parte a favor de quien es rendida, la cual se merece aunque la parte no haya pedido tal reparación en sus alegaciones").

⁴⁷⁸ Véase el texto que acompaña a la nota 527, *infra*.

⁴⁷⁹ Para una discusión de este requisito, véase el texto que acompaña a la nota 528, *infra*.

⁴⁸⁰ Código de Procedimiento Civil, art. 768.

federales.⁴⁸¹ Todos los jueces en nuestro país, desde el de rango más alto hasta el de rango más bajo, están "obligados" por los mandatos de la Constitución de los Estados Unidos, tanto como por los estatutos y los tratados federales.⁴⁸² Para ser "obligado" uno debe reconocer, comprender, y aplicar los planteamientos constitucionales durante la tramitación de una causa a cualquier nivel, en cualquier momento que se presenten. En consecuencia, es muy común que los juzgados estatales y federales decidan acerca de la constitucionalidad de leyes y acciones oficiales del gobierno. Tales adjudicaciones de rango constitucional se vuelven precedentes obligatorios no sólo entre las partes, pero también en futuros casos, los cuales lleguen a ese juzgado, al menos hasta cuando en apelación se revoque la sentencia y sus fundamentos.

Esta tradición de revisión constitucional difundida es bastante extraña para países que usan el sistema del derecho civil en donde se han adoptado Constituciones "rígidas".⁴⁸³ En Chile, por ejemplo, la Constitución fija este poder de revisión judicial en sus cortes más altas; en la Corte Suprema para adjudicaciones constitucionales en casos pendientes, y en un tribunal constitucional para resoluciones declarativas antes de dictar leyes.

El extrañamente nombrado "recurso de inaplicabilidad", es establecido por el artículo 80 de la Constitución Política de Chile. su propósito es de traer ante la Corte Suprema en pleno la cuestión acerca de la constitucionalidad de una ley en razón a como se trata de aplicarla en un caso en particular.⁴⁸⁴ El alcance del recurso explica su nombre. La Corte Suprema de Chile determina si la ley es "inaplicable" en el caso, no porque su texto no cubra la causa planteada sino porque aplicarla allí violaría alguna norma de rango constitucional. La Constitución de

⁴⁸¹ Véase, por ejemplo, *Marbury vs. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803). Véase, en general, Nowak, J.; Rotunda, R. y Young, J. N., *Handbook on Constitutional Law*, 2-22 (1978).

⁴⁸² Véase la Constitución de los Estados Unidos, art. VI, cl. 2: "Esta Constitución y las Leyes de los Estados Unidos, las cuales deberán ser hechas en seguimiento de tal; y todos los Tratados hechos, o que serán hechos, bajo la Autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley Suprema de la Tierra; y los Jueces en cada Estado deberán ser obligados por ésta, y cualquier Cosa en la Constitución o Leyes de cualquier Estado al contrario, no será resistida".

Stone vs. Powell, 428 U. S. 465, 494 n. 35 (1976).

⁴⁸³ El adjetivo "rígido" parece ser reservado para las Constituciones escritas que contienen garantías fundamentales numerosas y no pueden ser modificadas por la legislación ordinaria. Véase, por ejemplo, Cappellelletti, M. y Cohen, W., *Comparative Constitutional Law*, 14 (1979); Merryman, *supra* nota 66, p. 25.

⁴⁸⁴ Véase, también, Código Judicial, art. 96, párr. 1.

Chile de 1925 estableció este recurso por primera vez.⁴⁸⁵ Antes, solamente la legislatura tenía el poder de determinar la constitucionalidad de sus propias promulgaciones.⁴⁸⁶

El resultado de la decisión de la Corte es simplemente aliviar a una parte determinada de las exigencias del precepto legal. Puede ser que la ley sea inaplicable (porque su aplicación es inconstitucional) cada vez que se quiera aplicarla; pero otros casos no están ante la Corte Suprema de Justicia y la Constitución declara que la inaplicabilidad rige únicamente en "aquellos casos particulares" llevados ante la Corte Suprema. Aunque hay alguna evidencia en la historia legislativa del artículo 80, de que tres decisiones consistentes sobre el mismo punto se convertirían en una doctrina de constitucionalidad de efecto absoluto,⁴⁸⁷ queda por verse si esta idea de sentido común sobrepasará la fuerte tradición civil, que establece que las resoluciones judiciales no hacen derecho.⁴⁸⁸

Hemos visto que el sistema judicial chileno, por lo general, permite apelaciones por partes y éstas pueden o no suspender procedimientos adicionales en el tribunal inferior dependiendo del asunto apelado.⁴⁸⁹ Por lo tanto, no sorprende el observar que en cualquier etapa de cualquier procedimiento judicial, una parte puede presentar el recurso de inaplicabilidad ante la Corte Suprema. La Corte pone en la lista de litigios el decreto para una audiencia *en banc*, tiene el poder de suspender los procedimientos del inferior, y contesta el punto constitucional controvertido.⁴⁹⁰ Parece ser, conforme a la letra de la Constitución y a la doctrina,⁴⁹¹ que la Corte no puede declarar sin lugar el recurso por falta de cuestión sustancial, o por falta de la demostración del perjuicio legal debido a los efectos de la ley, o cualquier otro factor de índole preliminar.⁴⁹² Aun así, sólo 28 recursos de inaplicabilidad fueron registrados

⁴⁸⁵ Véase Bulnes Aldunate, "El recurso de inaplicabilidad en la Constitución de 1980", en Colección Seminarios Núm. 5, Facultad de Derecho, U. Chile, *Recursos de Rango Constitucional*, 25-29 (1983).

⁴⁸⁶ *Idem*, p. 26.

⁴⁸⁷ Véase VI *Explicaciones*, *supra* nota 369, p. 131.

⁴⁸⁸ Véase el texto que acompaña a las notas 364-384, *supra*; Clark & Merryman, *supra* nota 80, p. 309 ("La legislatura, elegida popularmente, aprobó estatutos; era el trabajo del administrador público, y era el trabajo de las cortes aplicarlos a los casos específicos").

⁴⁸⁹ Véase el texto que acompaña a las notas 391-395, *supra*.

⁴⁹⁰ Constitución de Chile, art. 80.

⁴⁹¹ Véase IV *Explicaciones*, *supra* nota 369, pp. 131-132; Bulnes Aldunate, *supra* nota 485, 25-46 (1983).

⁴⁹² Comparar Certoma, G., *The Italian Legal System*, 156 (1985) ("[L]a corte original debe estar satisfecha de que la resolución de la cuestión es significativa para la resolución de los procedimientos originales y que la cuestión no es declarada sin lugar").

en la lista de litigios durante el año 1986,⁴⁹³ una cantidad sorprendentemente pequeña.

También el artículo 80 de la Constitución permite el recurso "en cualquier estado de la gestión". Esto quiere decir que las partes no renuncian esta objeción por no presentarla a tiempo, contrario a nuestra tradición estadounidense de insistir en la presentación oportuna y ordenada de todas las cuestiones que surgieran en el caso, incluyendo esas de alcance constitucional.⁴⁹⁴ Para resumir, en Chile éstos parecen ser puntos renunciables a pesar de fuertes argumentos de eficiencia que dicen que la presentación oportuna evita el desperdicio de eventos anteriores en el caso. En realidad, el tenor literal de la Constitución chilena parece permitir que el recurso sea radicado por primera vez durante un procedimiento que se tramite en la Corte Suprema de Justicia, por casación por ejemplo, y hasta por la propia iniciativa de la Corte.

Existe incongruencia aquí. Dado que la decisión de "inaplicabilidad" afecta solamente las partes, se esperaría que los chilenos insistieran en que el argumento fuera hecho lo más pronto posible, por ejemplo cuando una parte o el juez inicialmente cita y trata de aplicar la ley. La norma constitucional no está en peligro, sólo su aplicabilidad en la causa particular. Errores de las partes en atenerse a los procedimientos pueden afectar a esas relaciones legales particulares, como cuando el más leve descuido en forma puede causar la pérdida del recurso de casación.⁴⁹⁵ Dada la actitud formalista típica de los abogados chilenos, nos quedamos sorprendidos ante la informalidad alrededor de este recurso. Naturalmente, aunque distinta, encontramos una incongruencia también en los Estados Unidos, en donde los tribunales mantienen el orden constitucional a través de precedentes judiciales obligatorios. Dada la magnitud e importancia de esta función judicial estadounidense, a más de la indulgencia típica por parte de los tribunales estatales sobre los descuidos de procedimiento,⁴⁹⁶ podemos esperar, contrario a la práctica actual, que los jueces en los Estados Unidos no abandonen tan fácilmente su vigilancia constitucional ante la incompetencia de los abogados.

⁴⁹³ Véase *Discurso 1987*, *supra* nota 372, p. xi.

⁴⁹⁴ Véase, por ejemplo, *Browning-Ferris Indus., Inc. vs. Kelco Disposal, Inc.*, 109 S. Ct. 2909, 2921 (1989); *Davis vs. United States*, 411 U. S. 233 (1973); *Wolff vs. United States*, 737 F.2d 877 (10o. Cir., 1984).

⁴⁹⁵ Véase IV *Explicaciones*, *supra* nota 369, pp. 192-195.

⁴⁹⁶ Véase, por ejemplo, *Jackson vs. Washington Monthly Co.*, 569 F.2d 119, 123-124 (D. C. Cir., 1977): "Declarar sin lugar una demanda por un tribunal inferior sin haber oídos los méritos es un paso drástico, para ser tomado normalmente sólo después que haber recurrido a sanciones menores haya sido inútil... Declarar sin lugar por mala conducta de los abogados penaliza a los inocentes y puede dejar al culpable sin ninguna obligación".

El Tribunal Constitucional de Chile 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 determinar la constitucionalidad de legislación *propuesta* de los tratados internacionales, y de los decretos con fuerza de ley;⁴⁹⁷ o sea, el Tribunal Constitucional ofrece sentencias declarativas antes de la promulgación final de la ley, mientras la Corte Suprema se encarga de cuestiones constitucionales que surgen dentro de litigios en los cuales las leyes ya promulgadas pretenden dominar.⁴⁹⁸ El sistema chileno, por lo tanto, rechaza el enfoque descentralizado estadounidense que 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.⁴⁹⁹ Pero este sistema chileno divide tal control entre dos entidades y, de tal manera, incorpora ambos el sistema francés de control adelantado⁵⁰⁰ y el sistema italiano, que trae a un tribunal constitucional cuestiones especiales que provienen de litigación ordinaria.⁵⁰¹

¿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 ningún otro cuerpo;⁵⁰² esto es, la Corte Suprema no tiene jurisdicción sobre el Tribunal Constitucional. En segundo lugar, hace que estas resoluciones en favor de la constitucionalidad⁵⁰³ tengan que ser obedecidas por la Corte Suprema; esto quiere decir que una vez que una ley es aprobada, no se puede emitir un recurso de inaplicabilidad con base en un argumento constitucional ya rechazado por el Tribunal Constitucional.⁵⁰⁴

7. Recurso de protección

El recurso de protección es otra senda que se puede tomar hacia la revisión constitucional en Chile. Este es un recurso creado por el artícu-

⁴⁹⁷ Véase Constitución de Chile, art. 82, párrs. 1, 2, 3, 6.

⁴⁹⁸ Comparar *In re State Industrial Comm'n.*, 224 N. Y. 13, 17-18, 119 N. E. 1027, 1028 (1918) (juez Cardozo): "Se nos pide una respuesta universal a una pregunta universal a adjudicar los derechos de todos. Esta es la manera en que nuestro sistema de casos se desarrolla. Tratamos con ejemplos particulares; y esperamos hasta que provenga".

⁴⁹⁹ Véase, en general, Cappelletti, M. y Cohen, W., *Comparative Constitutional Law*, cap. 4 (1979).

⁵⁰⁰ Véase Herzog, P., *Civil Procedure in France*, § 3.04 (1967).

⁵⁰¹ Véase Certoma, G., *The Italian Legal System*, 155-157 (1985).

⁵⁰² Constitución de Chile, art. 83, cl. 1.

⁵⁰³ En caso de inconstitucionalidad, la ley propuesta no puede ser aprobada sin enmiendas que la corrijan. Constitución de Chile, art. 83, cl. 2.

⁵⁰⁴ Constitución de Chile, art. 83, cl. 3.

lo 20 de la Constitución Política de la República de Chile y es parte de la Declaración de Derechos Humanos de Chile, la cual es una lista exhaustiva de derechos humanos individuales y comunes pertenecientes no sólo a los chilenos sino también a todos quienes se encuentren dentro de las fronteras de Chile.⁵⁰⁵ Veremos posteriormente que el recurso, como es actualmente aplicado en los tribunales de Chile, presenta serias dificultades funcionales y conceptuales, por lo menos ante los ojos de un abogado educado en los Estados Unidos. Sin embargo, en su declaración el recurso parece ser suficientemente directo. Éste emana en contra de cualquier persona, sea una persona privada o un funcionario público,⁵⁰⁶ que cause privación, perturbación o amenaza a las libertades y garantías constitucionales de otras personas.

La jurisdicción para emitir el recurso corresponde a las cortes de apelación. El artículo 20 confiere en 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 remedio mediante orden judicial veloz y autoritativa contra amenazas, actos y omisiones inconstitucionales.⁵⁰⁷ Esta sospecha es confirmada por la cláusula que permite a la parte afectada buscar cualquier otro remedio disponible —una acción por daños y perjuicios planteada en un tribunal inferior, enseguida se nos viene a la mente—. Las facultades de las cortes de apelación no están textualmente limitadas: por lo contrario, tienen la facultad para adoptar de inmediato las providencias que juzgue necesarias, que es literalmente sin límite.

Para poder entender las perplejidades que surgen en la mente del autor al leer casos en los 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 Derechos Humanos de los Estados Unidos que se encuentra en las enmiendas a la Constitución (los norteamericanos se re-

⁵⁰⁵ Véase la Constitución de Chile, art. 19, párrs. 1-26. Muchos de estos derechos fueron suspendidos bajo el régimen militar durante periodos de desorden interno, declarado por el presidente Pinochet y autorizado por la Constitución de Chile, provisión transitoria 24.

⁵⁰⁶ Distinto al esquema constitucional estadounidense, el cual más que todo protege contra invasión gubernamental de derechos específicos; véase Nowak, J.; Rotunda, R. y Young, J. N., *Constitutional Law*, 378-379 (1978); las protecciones de Chile se extienden a la propiedad privada también.

⁵⁰⁷ Véase Mohor Abuaad, "El objeto del recurso de protección", 14, *Rev. Derecho Procesal*, 55, 78 (1987).

fieren a ellas como "*Bill of Rights*") generalmente no crea derechos y protecciones individuales pero, más bien, presume su existencia desde antes de la Constitución. La Declaración estatuye barreras para que estos derechos preexistentes no sean violados por el gobierno.⁵⁰⁸ Para ilustrar a través de primera enmienda, los estadounidenses ya poseían el derecho natural de libertad de expresión, el efecto benéfico de que conste en la Constitución es el de asegurar que el Congreso no usará su poder legislativo para restringir ese derecho preexistente. Esta presuposición de derecho preexistente es confirmada por la novena enmienda, la cual dispone que la alusión en la Constitución "de ciertos derechos no será interpretada para negar o despreciar otros retenidos por el pueblo". En resumen, nuestra Declaración de "Derechos" es en esencia una carta de deberes impuestos sobre funcionarios gubernamentales instruyéndolos para que no actúen de cierta manera. Esta estructura es mantenida en las enmiendas subsiguientes a las diez originales, las cuales obviamente crean nuevos derechos, tal como el derecho de votar a los 18 años de edad.⁵⁰⁹ Los Estados Unidos y cada uno de sus estados están obligados a no eliminar el derecho de cualquier ciudadano de 18 años a votar, "por motivos de edad".

Conforme a esta estructura, la típica demanda constitucional en los tribunales de los Estados Unidos es que el "gobierno", sea el Congreso actuando a través de leyes o funcionarios gubernamentales con (o sin) autoridad de la ley, ha violado uno de los controles constitucionales. De la misma manera, la constitucionalidad de leyes y sus aplicaciones son juzgadas en el relativamente raro, pero clásico, confrontamiento de litigios de rango constitucional en los Estados Unidos.

Es desde luego discutible que la Constitución de los Estados Unidos en verdad crea libertades individuales (en una manera oblicua), pero está fuera de toda duda que hemos reservado nuestra Constitución para los más sagrados y exaltados derechos humanos; libertad religiosa, de expresión, de prensa, y de reunión; inviolabilidad de domicilio y de nuestros cuerpos; justicia fundamental en el proceso legal; igualdad; compensación por expropiación y más. La inmensa variedad de derechos que son a menudo establecidos y honrados en nuestras cortes

⁵⁰⁸ Véase, por ejemplo, "The Declaration of Independence", 4 de julio de 1776, reproducida en 1 U. S. C. pp. xxxv-xxxvii (1987): "Nosotros mantenemos como auto-evidente que todo mundo es creado igual, que son dotados por su Creador con algunos derechos inalienables, que entre éstos están vida, libertad y la búsqueda de la felicidad. Que para asegurar estos derechos, gobiernos son instituidos entre los hombres. . .".

⁵⁰⁹ Constitución de los Estados Unidos, 26a. enmienda.

estatales y federales se originan no en Constituciones, sino en estatutos, regulaciones, y precedentes judiciales. Nos referimos a esta ley "ordinaria" para nuestras transacciones diarias y a las normas extraordinarias de la Constitución para nuestros confrontamientos excepcionales con el gobierno.

No hemos "constitucionalizado" muchos de los derechos a los cuales nos hemos acostumbrado a través de los años. En áreas como educación, salud, vivienda, medio ambiente, asistencia social y lugar de trabajo, hemos llegado a disfrutar protección pública a través de las leyes, y hemos estado satisfechos de dejar tales asuntos en las manos de nuestras ramas políticas con la expectativa, usualmente realizada, que la esencia de tales asuntos será respetada. La Constitución de los Estados Unidos, por lo tanto, promete muy pocos beneficios económicos: el derecho a "justa compensación" por expropiación⁵¹⁰ y el derecho de un indigente a un abogado subsidiado por el gobierno cuando es acusado de un crimen.⁵¹¹

En comparación, Constituciones modernas del occidente tienden a contener múltiples afirmaciones de derechos humanos, incluyendo esos de mera conveniencia pública.⁵¹² El artículo 19 de Chile es de este tipo, pues contiene una multitud de derechos en 26 enumeraciones separadas.⁵¹³

En tales Constituciones, ¿qué pasa con la distinción entre los derechos que son generados y protegidos por la Constitución, alterables sólo ante el difícil y trascendental evento de una enmienda constitucional, y aquellos derechos creados por ley, sea por estatuto o precedente judicial alterables ante la voluntad de la legislatura o del 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 protector generalizado, que permite a las cortes de apelación corregir conductas inconstitucionales, y 2) una declaración amplia de derechos humanos, la cual "garantiza" virtualmente todos los derechos contenidos en la ley positiva del país, ha "constitucionalizado" virtualmente todo el cuerpo de leyes en Chile.

Se encuentran docenas de disputas de la clase más común planteadas en las cortes de apelación a través del recurso de protección. Por ejem-

⁵¹⁰ Constitución de los Estados Unidos, 5a. enmienda.

⁵¹¹ Constitución de los Estados Unidos, 6a. enmienda. Véase *Gideon vs. Wainwright*, 372 U. S. 335 (1963).

⁵¹² Véase, por ejemplo, Certoma, G., *The Italian Legal System*, 173-184 (1985).

⁵¹³ Tengamos en mente que en Sudamérica, "[p]articularmente en derecho constitucional, la realidad social parece estar especialmente lejos de las garantías que encontramos escritas en papel". Karst, *supra* nota, p. 79.

plo, el tiro al blanco de un club de tiro ha producido una lluvia de balas sobre el terreno del demandante.⁵¹⁴ La corte primero establece que los derechos del demandante de disfrutar del dominio privado bajo el Código Civil están siendo violados y, después, lleva el caso al nivel constitucional citando el artículo 19, párrafo 24: "La Constitución asegura a todas las personas. . . 24. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda 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.⁵¹⁵ Después de ponerse de acuerdo con la interpretación de la ley hecha por el demandante, la corte "constitucionaliza" el asunto citando la garantía de la Declaración de Derechos Humanos en el párrafo 18 del "derecho a seguro social". Decisiones como éstas son regularmente confirmadas por la Corte Suprema de Chile. Cuando peticiones para protección son rechazadas, es típicamente porque la interpretación de los hechos y de la ley por parte de la corte favorece al demandado y no porque el asunto carezca de una cuestión constitucional sustancial.⁵¹⁶

Para un abogado en los Estados Unidos, estos ejemplos son inquietantes por varias razones. Una es la "constitucionalización" de normas legales ordinarias. Nosotros llegamos a nuestras cuestiones constitucionales como asunto de último y no primer recurso, porque bajo nuestra doctrina de *stare decisis* el precedente constitucional puede ser eliminado sólo por revocación judicial (*overruling*) o por una enmienda a la Constitución, siendo ambos muy difíciles de obtener. Este difundido y duradero efecto del precedente judicial hace a nuestros tribunales esforzarse a encontrar bases alternativas de decisión.⁵¹⁷ Esto no sería un problema tan serio en un sistema de derecho civil, como el de Chile, en el cual las sentencias de los tribunales no constituyen jurisprudencia.⁵¹⁸ Pero en Chile como en Europa hay una creciente tendencia de

⁵¹⁴ He extraviado la cita a este caso y no tengo acceso razonable a la *Rev. Derecho y Jurisprudencia chilena*.

⁵¹⁵ *Ibidem*.

⁵¹⁶ Véase, por ejemplo, *Werner Held* (31 de octubre de 1985, Ct. App. Santiago), *Rev. Derecho y Jurisprudencia*, vol. 82 (1985), III, § 5, p. 288 (costos comunes de condómino); *Jamarne Jamarne* (9 de diciembre de 1985, Ct. App. Temuco), *Rev. Derecho y Jurisprudencia*, vol. 82 (1985), III, § 5, p. 304, *af'd.*, 23 de diciembre de 1985 (Sup. Ct. No. 20,294) (despido y paro patronal de empleado de la universidad).

⁵¹⁷ Véase, por ejemplo, *Webster vs. Reproductive Health Servs.*, 57 U. S. L. W. 5023, 5032 (27 de junio de 1989) (juez O'Connor, concurrente); *Ashwander v. T. V. A.*, 297 U. S. 288, 345-348 (1936) (juez Brandeis, concurrente).

⁵¹⁸ Véase el texto que acompaña a las notas 364-384, *supra*.

tratar al precedente judicial constitucional como obligatorio⁵¹⁹ y hay también, desde luego, la tendencia natural de tribunales y de salas de seguir las sentencias anteriores en casos siguientes que sean comparables.

Si hay alguna fuerza obligatoria del precedente judicial, sea de forma oficial o de manera práctica, entonces se incrementa nuestra preocupación acerca de la calidad de las decisiones hechas por los jueces. Mal trabajo producirá más errores. En este respecto hemos encontrado un poco de análisis constitucional torcido y no convincente en algunas decisiones chilenas. Creemos que esto es producto del mal uso del recurso de protección. Empujar asuntos ordinarios dentro de nichos constitucionales puede cambiar el uso natural y racional de principios constitucionales. Por ejemplo, hemos notado un sobreuso de la doctrina de igual protección bajo la ley para invalidar acciones gubernamentales,⁵²⁰ las cuales no violan principios de igualdad sino leyes específicas o normas mínimas de racionalidad.⁵²¹

Es también problemático el uso de recursos de protección para evitar juicios en tribunales de primera instancia. Las cortes de apelación en los sistemas de derecho civil son consideradas capaces de sustituir libremente sus criterios sobre los hechos por aquellos de los tribunales de primera instancia⁵²² y están autorizadas a tomar pruebas en apelación.⁵²³ Nos han dicho, sin embargo, que las cortes de apelación de Chile se dedican a recibir nuevas evidencias durante una apelación en raras ocasiones. Quizás esto es porque encontramos, en casos de protección, un acercamiento despreocupado extraordinario en el proceso de establecer hechos. En general, los ministros aceptan como "hechos" lo que encuentran en las alegaciones y en todos los documentos adjuntos, como cartas, documentos notariados, fotografías e informes periciales, y también lo que consideran que ha sido admitido por el demandado, directa o indirectamente por su silencio. Si están involucrados programas del gobierno, los tribunales preguntarán con frecuencia por infor-

⁵¹⁹ Véase, por ejemplo, Constitución de Chile, art. 83, párr. 3 (Corte Suprema obligada por una determinación de la Corte Constitucional acerca de constitucionalidad); Certoma, G., *The Italian Legal System*, 87-88 (1985).

⁵²⁰ Parte del problema puede ser la falta de establecimiento, por parte del gobierno chileno, de cortes administrativas para vigilar a las agencias del gobierno, como está contemplado en la Constitución. Véase Constitución de Chile, art. 79.

⁵²¹ Véase, por ejemplo, Gómez Chamorro (8 de octubre de 1985, Ct. App. Pres. Aguirre Cerda), *Rev. Derecho y Jurisprudencia*, vol. 82 (1985), III, § 5, p. 296, *af'd.*, 22 de octubre de 1985 (Sup. Ct. No. 20,032).

⁵²² Véase Langbein, "Comparative Civil Procedure and the Style of Complex Contracts", 5, *Am. J. Comp. L.*, 381, 387 (1987).

⁵²³ Código de Procedimiento Civil, art. 207. Véase el texto que acompaña a las notas 416-433, *supra*.

mes de ministerios sobre hechos relevantes y aceptarán como verdad las alegaciones incluidas allí.⁵²⁴ Si una parte impugna la verdad de alegaciones materiales, la corte de apelación puede ordenar a un juez de tribunal localizado en el distrito donde los hechos ocurrieron, que visite el sitio, tome declaraciones de testigos y presente su conclusión en cuanto a los hechos.⁵²⁵

8. Razonamiento jurídico

Leer opiniones rendidas en casos chilenos es francamente aburrido. Tanto como asunto de entrenamiento como de obligación legal, el juez chileno opera dentro de límites estrictos en el proceso decisivo. La tradición viene del sistema civil: decidir casos quiere decir, sencillamente, seleccionar el artículo correcto del Código o del derecho público y aplicarlo silogísticamente a los hechos del caso, también determinados mecánicamente.⁵²⁶ El artículo 170 del Código de Procedimiento Civil chileno instruye a los jueces cómo organizar su manera de pensar: primero, nombres, domicilio y ocupación de los litigantes; segundo, reclamo y compensación solicitada por los demandantes y sus bases legales; tercero, las defensas; cuarto, las decisiones sobre cuestiones de hecho y de ley; quinto, citas a leyes de control o, en su ausencia, principios de equidad, y sexto, la resolución de la controversia, incluyendo una decisión de cada reclamo y defensa distinta.⁵²⁷

Aunque la cuarta y la quinta partes de la sentencia chilena parecen ofrecer algún espacio para creatividad judicial, típicamente solo se encuentra el análisis legal más sumario después de una meticulosa recitación de las demandas, las defensas y los hechos encontrados. En la opinión normal de un caso no se 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 sencilla e inevitable. Sólo una persona entre-

⁵²⁴ Véase, por ejemplo, Gómez Chamorro (8 de octubre de 1985, Ct. App. Pres. Aguirre Cerda), *Rev. Derecho y Jurisprudencia*, vol. 82 (1985), III, § 5, pp. 296, 297, *af'd.*, 22 de octubre de 1985 (Sup. Ct. No. 20,032).

⁵²⁵ Véase Carrasco Coto (12 de septiembre de 1985, Ct. App. Valdivia), *Rev. Derecho y Jurisprudencia*, vol. 82 (1985), III, § 5, pp. 300, 303, *af'd.*, 30 de septiembre de 1985 (Sup. Ct. No. 19,919).

⁵²⁶ Véase Correa, "La cultura jurídica chilena en relación a la función judicial", *Cultura Jurídica*, *supra* nota 364, pp. 75, 78 y 79. Véase también Merryman, *supra* nota 66, pp. 125-128; Von Mehren, "The Judicial Process, A Comparative Analysis", 5, *Am. J. Comp. L.*, 197, 201-203 (1956) (Francia y Alemania).

⁵²⁷ "En cuanto al estilo y el alcance de opiniones judiciales, no hay uniformidad en el mundo de ley civil", Schlesinger, *supra* nota 2, p. 322 (nota omitida).

nada en derecho puede saber los múltiples caminos decisionales que estuvieron disponibles para el juez.

Una tremenda cantidad de energía es gastada en aspectos puramente formales de la opinión. En la tradición de la ley civil se considera importante demostrar a las partes que cada uno de sus argumentos y demandas ha sido estudiado.⁵²⁸ Después de estas recitaciones, el juez sistemáticamente trabaja por encontrar los hechos, ayudado por los "puntos de prueba" y el sistema de tanteo basado en el estatuto.⁵²⁹ 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, con la que, en comparación, típicamente el difícil trabajo intelectual de los jueces comienza en nuestro país.

El método chileno se defiende como uno que impone orden y estructura en una carrera judicial de habilidades desiguales. La "instrucción" del artículo 170 se supone que forja modelos de pensamiento lógico y racional en donde, de otra manera, se encontraría arbitrariedad. El que se pueda confinar de tal manera la conducta antijurídica es dudoso. El juez en los Estados Unidos, en contraste, es completamente libre de estructurar opiniones como piense apropiado, discutiendo o no la posición y argumentos de las partes. Nuestras opiniones judiciales rápidamente alcanzan lo esencial del asunto y justifican sus conclusiones encima de ello.⁵³⁰

Uno ve más "carne" y menos "condimento" en el estilo estadounidense, lo cual nos lleva a la conclusión que los asuntos son "mejor" resueltos. Pero la razón nos aconseja en contra de esta fácil conclusión. Primero, las opiniones escritas son solamente informes de resoluciones, no el momento actual de la decisión. Éstas tal vez no revelen precisa y plenamente la profundidad del análisis e investigación usada en realidad por el juez para llegar a su sentencia. Esto ofrece dos posibilidades: la sentencia apresurada, la cual es elaboradamente defendida en el escrito posterior y, en contraste, la sentencia cuidadosamente pensada que se explica sólo en un resumen. Segundo, la ocasión posterior es más probable en una jurisdicción, como Chile, la cual rechaza el precedente judicial como fuente de ley.⁵³¹ Cuando las labores benefician

⁵²⁸ Véase, por ejemplo, *S. M. S. Corp. v. Toscano*, 3ra Civil Sec., Ct. Casación, Italia, reproducido en Cappelletti, M.; Perillo, J. y Merryman, J., *The Italian Legal System*, 423-426 (1967).

⁵²⁹ Véase el texto que acompaña a las notas 282-283, 320-322, *supra*.

⁵³⁰ Véase, en general, Cardozo, B., *The Nature of the Judicial Process* (1962).

⁵³¹ Véase el texto que acompaña a las notas 364-384, *supra*.

sólo a las partes inmediatas y no al *corpus juris*, hay poco incentivo para que un juez elabore su razonamiento de lleno.

VII. PROCESOS ALTERNATIVOS

1. Juicios de cuantía mínima

Al igual que en los estados de los Estados Unidos, Chile ha tratado de establecer un proceso simplificado para asuntos de mínima cuantía; en comparación, Chile no crea entes separados pero fija competencia en tribunales ordinarios de primera instancia.

Para casos que envuelven 4,719 pesos (15 dólares) uno encuentra en el Código de Procedimiento Civil de Chile un proceso especial, estructurado en esencia como un juicio ordinario, pero con mecanismos para ahorrar tiempo y costos.⁵³² Estos incluyen: audiencias de conciliación, las cuales son obligatorias y supervisadas por el juez; ⁵³³ la opción de demandas y apelaciones verbales; ⁵³⁴ proceso conjunto de los méritos e incidentes; ⁵³⁵ evaluación más libre de las pruebas; ⁵³⁶ una sentencia oral dictada a las partes dentro de los sesenta días posteriores a la presentación de las pruebas;⁵³⁷ y la rápida, y eficiente ejecución de las sentencias.⁵³⁸ A pesar de estos esfuerzos para ahorrar tiempo y costo, se nota la renuencia a abandonar el proceso adjudicatorio normal, por ejemplo en favor de un sistema sencillo de breves audiencias verbales ante un panel de abogados.⁵³⁹ También, al igual que en los Estados Unidos, el límite de cuantía jurisdiccional se torna obsoleto rápidamente debido a la inflación. Cuando hicimos este estudio, la cuantía máxima para un caso de cuantía mínima era tan baja que, según nos dijeron, el proceso era escasamente invocado.

Una variación interesante en la alternativa de asuntos de cuantía mínima es el trato chileno de los casos en la siguiente clasificación económica, esto es, los casos cuya cuantía oscila entre 4,719 pesos y 94,920 pesos.⁵⁴⁰ Estos son también radicados en los tribunales ordinarios y si-

⁵³² Código de Procedimiento Civil, arts. 703-738.

⁵³³ *Idem*, art. 711.

⁵³⁴ *Idem*, arts. 704, 727.

⁵³⁵ *Idem*, art. 723.

⁵³⁶ *Idem*, art. 724.

⁵³⁷ *Idem*, art. 722.

⁵³⁸ *Idem*, arts. 729-736.

⁵³⁹ Comparar, por ejemplo, Adler, J.; Hensler, D. y Nelson, C., *Sumple Justice: How Litigants Fare in the Pittsburgh Arbitration Program* (1983).

⁵⁴⁰ Código de Procedimiento Civil, arts. 698-702.

guen procesos normales, pero los legisladores chilenos han restringido algunos de los derechos procesales que pertenecen a casos de mayor cuantía. Por ejemplo, varios de los periodos de tiempo son abreviados, como el término para contestar la demanda que se reduce de 15 a 8 días.⁵⁴¹ No se permite la apelación de una resolución interlocutoria,⁵⁴² y los argumentos verbales en apelación de sentencias definitivas son reducidos de una hora a 15 minutos.⁵⁴³

El concepto de confeccionar procedimientos según la cuantía de la controversia, esto es, menos trámite para las disputas de menor importancia, es tan atractivo como totalmente consistente con los conceptos de proceso debido (*due process*) en los Estados Unidos.⁵⁴⁴ Debe dudarse, sin embargo, si la cantidad que está siendo reclamada tiene alguna relación a la complejidad legal o a los hechos de los asuntos en cuestión. Como un ejemplo sencillo, el procedimiento concede a un abogado una hora entera para argumentar una cuestión ordinaria sobre un contrato si el asunto excede 4,719 pesos, mientras que a un abogado que argumenta sobre una cuestión compleja de daños y prejuicios se le concede sólo 15 minutos debido a que versó sobre daños menores. Además, los abogados pueden fácilmente evitar el procedimiento abreviado reclamando más de 94,920 pesos en su demanda.⁵⁴⁵

2. Conciliación

En cualquier etapa de un caso civil ordinario, el juez puede ordenar la comparecencia personal de las partes a su despacho ⁵⁴⁶ para intentar

⁵⁴¹ Comparar el art. 258 con el art. 698 (2), ambos del Código de Procedimiento Civil.

⁵⁴² Código de Procedimiento Civil, art. 699.

⁵⁴³ Comparar el art. 223 con el art. 699, ambos del Código de Procedimiento Civil.
⁵⁴⁴ Véase, por ejemplo, *Matthews vs. Eldridge*, 424 U. S. 319, 334-335 (1976) (cita omitida): "[E]l proceso debido es flexible y permite las protecciones procesales como la situación particular demande... [N]uestras decisiones anteriores indican que la identificación de los dictados específicos de proceso debido generalmente requieren la consideración de tres factores distintos: primero, el interés privado que será afectado por la acción oficial; segundo, el riesgo de una privación de tal interés a través de los procesos usados, y el valor probable, si hay alguno, de protecciones procesales adicionales o sustitutivas; y finalmente, los intereses del gobierno, incluyendo la función envuelta y las cargas fiscales y administrativas que los requisitos procesales adicionales y sustituyentes acarrearán".

⁵⁴⁵ Véase Código Judicial, art. 117.

⁵⁴⁶ El juez puede exigir a las partes que concurren personalmente, aunque las partes pueden insistir que su apoderado venga también. Código de Procedimiento Civil, art. 264.

una "conciliación".⁵⁴⁷ En ese momento, el juez propone los términos de la transacción. El proceso no es "conciliación" o "mediación" en el sentido que estos términos son usados en los Estados Unidos, porque nuestros conciliadores o mediadores sólo facilitan la comunicación entre las partes y no proponen soluciones cuando no son invitados a hacerlo.⁵⁴⁸ La "conciliación" chilena es más parecida a la "mediación de fuerza" ⁵⁴⁹ estadounidense. Esto ocurre cuando el juez que preside muestra su inclinación hacia una probable sentencia como un fuerte empuje a un arreglo.

Muchas veces un elemento esencial para la mediación y conciliación es la diplomacia de ir y venir (*shuttle diplomacy*).⁵⁵⁰ Esto implica el reunirse neutralmente y en privado con cada litigante para adquirir información confidencial que le ayude en su función facilitativa y tratar de descongelar posiciones irrazonables, corregir malas impresiones, reducir las expectativas y de cualquier manera acercar mutuamente 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 "conciliador" no está descalificado para dictar sentencia en un caso en el cual él no puede lograr un avenimiento.⁵⁵¹ Como consecuencia, no es probable que las partes compartan secretos perjudiciales con el juez "conciliador".

De todos modos, nos dicen que este proceso chileno es poco usado.⁵⁵² La razón es que los jueces tienen que hacer esfuerzos especiales para intentar una conciliación conforme al código. Típicamente, el juez chileno posee poco conocimiento detallado de los casos que están siendo

⁵⁴⁷ Código de Procedimiento Civil, arts. 262-268.

⁵⁴⁸ Véase, por ejemplo, Leeson, S. y Johnston, B. M., *Ending It: Dispute Resolution in America*, 133 (1988).

⁵⁴⁹ Para ejemplos de jueces dedicados al "muscle mediation", véase Schuck, "The Role of Judges in Settling Complex Cases: The Agent Orang Example", 53, *U. Chi. L. Rev.*, 337, 359-361 (1986) (juez Weinstein); Bacigal, "An Empirical Case Study of Informal Alternative Dispute Resolution", 4, *Ohio St. J. Disputes Res*, 1, 22 (1988) (juez Merhige).

⁵⁵⁰ Véase, por ejemplo, Rogers, N. H. y Salem, R., *A Students Guide to Mediation and the Law*, 37-38 (1987).

⁵⁵¹ Código de Procedimiento Civil, art. 263. El Código argentino fija en el juez de tribunal el poder de ordenar que las partes comparezcan personalmente para atender una conciliación y, contrario al sentido común y experiencia, declara que "la mera proposición de fórmula conciliatoria no importará prejuzgamiento". Código argentino, art. 36 (2) (a).

⁵⁵² Nuestra información es corroborada por esa del profesor Vescovi, quien describe a la conciliación como "uno de los muchos poderes que los jueces latinoamericanos casi nunca usan". Vescovi, *supra* nota 8, p. 221.

procesados en su Sala, y aprende a fondo el expediente sólo a la hora en que el procedimiento es cerrado y el caso está listo para decisión.⁵⁵³

Para poder "conciliar", el juez debe empezar por aprender a fondo el expediente de antemano, lo cual pocos están dispuestos a hacer. Si las pruebas están completas, el juez prefiere, estando en una posición lista para hacerlo, dictar sentencia, y en aquel momento tiene poco incentivo para intentar una conciliación que podría fracasar.⁵⁵⁴ Mientras que tal falta de uso tiene sentido Sala por Sala, viendo el sistema judicial en su totalidad, enseguida, vemos pérdida de eficiencia. Un resultado "conciliado", siendo un avenimiento voluntario, no será apelado, mientras que un resultado adjudicado en Chile casi siempre es apelado.⁵⁵⁵ De este modo, lo que puede ser logrado en eficiencia a nivel de juicio, desde luego aumentaría la labor adicional al nivel de apelación.

3. Arbitraje

Los códigos chilenos reconocen el juicio arbitral como una forma legítima de resolución de disputas⁵⁵⁶ y extiende a las sentencias arbitrales el poder judicial para ejecutarlas.⁵⁵⁷

Durante el curso del litigio, las partes pueden acordar por escrito en nominar uno o más árbitros, especificando el asunto que está siendo sometido a juicio arbitral, los poderes otorgados a los árbitros, el lugar del juicio arbitral, y el término del proceso.⁵⁵⁸ Las partes pueden escoger un procedimiento informal en el cual el árbitro, conocido también como "amigable componedor",⁵⁵⁹ aplica su "prudencia" y "equidad" para juzgar el asunto,⁵⁶⁰ y usa los procedimientos que las partes hayan convenido⁵⁶¹ o, en ausencia de ellos, usa una audiencia sencilla establecida por el Código mismo.⁵⁶² La sentencia del árbitro relatará las posiciones de las partes litigantes, la decisión del asunto controvertido,

⁵⁵³ En esto, el juez chileno sigue la práctica prevaleciente en el continente. Véase *idem*, p. 215.

⁵⁵⁴ El mismo punto ha sido mencionado acerca de la renuencia a obtener resolución de disputas por parte de los jueces de tribunal de los Estados Unidos, mediante esfuerzos de arreglo, dado el tiempo de preparación y negociación necesario. Véase nota, "Judicial Participation in Settlement: Pattern, Practice, and Ethics", 4, J. Dispute Res. 81, 87 (1988).

⁵⁵⁵ Véase el texto que acompaña a la nota 424, *supra*.

⁵⁵⁶ Código de Procedimiento Civil, arts. 628-664; Código Judicial, arts. 222-243.

⁵⁵⁷ Código de Procedimiento Civil, arts. 635, 643.

⁵⁵⁸ Código Judicial, art. 234.

⁵⁵⁹ Código Judicial, art. 223 (amigable componedor).

⁵⁶⁰ Código de Procedimiento Civil, art. 637; Código Judicial, art. 223.

⁵⁶¹ Código de Procedimiento Civil, art. 636.

⁵⁶² *Idem*, arts. 637-638.

y las razones de prudencia o de equidad que sirven de fundamentos a la sentencia.⁵⁶³ La sentencia arbitral es apelable, como si hubiera sido una sentencia expedida por un tribunal, a menos que las partes hayan renunciado a sus derechos de apelación o hayan escogido que la apelación se someta también a arbitraje.⁵⁶⁴

Como leemos en el Código chileno, este procedimiento arbitral está disponible sin que las partes hayan demandado, esto es, extrajudicialmente, aunque en esta situación la única apelación sería igualmente por arbitraje convenido.⁵⁶⁵ Este informal juicio arbitral chileno se parece a los muchos ejemplos de juicios arbitrales estadounidenses⁵⁶⁶ promovidos por adopción extendida de la ley modelo de juicios arbitrales⁵⁶⁷ y la ley federal sobre arbitraje.⁵⁶⁸

Los chilenos también pueden escoger un procedimiento más formal ante un "árbitro de derecho" quien, distinto a otros árbitros, tiene que ser un abogado.⁵⁶⁹ El "árbitro de derecho" debe resolver bajo la ley sustantiva existente y también debe seguir los procedimientos de tribunales civiles.⁵⁷⁰ Este "árbitro de derecho" se parece al arbitraje de las cortes —arbitraje anexo— obligatorio para los reclamos menores ante paneles de abogados, el cual está siendo experimentado en las cortes federales en los Estados Unidos⁵⁷¹ y que ha sido adoptado en algunos tribunales estatales.⁵⁷²

Ciertos tipos de disputas chilenas deben ser resueltas en juicios arbitrales, sean formales o informales. Éstas 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 limitadas.⁵⁷³

⁵⁶³ *Idem*, art. 640.

⁵⁶⁴ Código Judicial, art. 239.

⁵⁶⁵ Código de Procedimiento Civil, art. 642.

⁵⁶⁶ Véase, en general, Murray, J. S.; Rau, A. y Sherman, E. F., *Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers*, 387-435 (1988); Riskin, L. y Westbrook, J., *Dispute Resolution and Lawyers*, 250-323 (1987); Goldberg, S.; Green, E. D. y Sander, F., *Dispute Resolution*, 189-225 (1985).

⁵⁶⁷ Unif. Arbitration Act, U. L. A., 5-229 (1985).

⁵⁶⁸ 9 U. S. C., §§ 1-14 (1987).

⁵⁶⁹ Código Judicial, art. 225.

⁵⁷⁰ Código Judicial, art. 223; Código de Procedimiento Civil, art. 628.

⁵⁷¹ Véase Pub. L. No. 100-702, 102 Stat. 4659-4664 (1988) (para ser codificada como 28 U. S. C., §§ 651-658); Siegel, "Changes in Federal Jurisdiction and Practice Under the New Judicial Improvements and Access to Justice Act", 123 F. R. D., 399, 410-411 (1989).

⁵⁷² Véase, en general, Murray, J. S.; Rau, A. y Sherman, E. F., *Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers*, 628-652 (1989).

⁵⁷³ Código Judicial, art. 227.

A más de los asuntos descritos, y de otros que *no pueden* ser sometidos a arbitraje,⁵⁷⁴ las partes tienen completa libertad de someterse a juicio arbitral o de rechazarlo y proceder en un tribunal.⁵⁷⁵ Por consiguiente, vemos que el juicio arbitral chileno comparte con los Estados Unidos ⁵⁷⁶ la naturaleza esencial de uso voluntario.

VIII. MEDIDAS PARA EVITAR ATRASOS

Chile tiene demasiados casos para muy pocos jueces. No podemos documentar esta afirmación con estadísticas acerca de la cantidad de casos porque no pudimos localizar datos útiles. Basado en información sobre la actividad en apelación,⁵⁷⁷ sospechamos la existencia de un gran volumen a nivel de primera instancia. Esto fue confirmado a través de discusiones con varios jueces; todos acordaron que en áreas urbanas como 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 reportaje de datos sobre la cantidad de casos y su flujo en los tribunales, para reforma y administración científica.⁵⁷⁸

En estos momentos, Chile trata de llevar adelante casos a través de edictos y sanciones. Los jueces son ordenados a juzgar dentro de los marcos de tiempo establecidos por ley.⁵⁷⁹ Por ejemplo, si una parte promueve un incidente, a la otra se le conceden tres días para responder,

⁵⁷⁴ Código Judicial, arts. 229, 230 (mantenimiento de esposo y esposa; separación de bienes conyugales; casos que tratan con el ministro público; disputas entre abogados y clientes).

⁵⁷⁵ Código Judicial, art. 228.

⁵⁷⁶ Véase Goldberg, S.; Green, E. D. y Sander, F., *Dispute Resolution* 8 (1985).

⁵⁷⁷ Véase el texto que acompaña a la nota 424, *supra*.

⁵⁷⁸ Véase, 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); Solomon, M. y Somerlot, D., *Caseflow Management in the Trial Court* (1987); Judicial Administration Division, American Bar Ass'n., *The Improvement of the Administration of Justice* (6a. ed., 1981); Flanders, S., *Case Management and Court Management in the United States District Courts* (Federal Judicial Center, 1977).

⁵⁷⁹ Compare Chase, "Civil Litigation Delay in Italy and the United States", 36, *Am. J. Comp. L.*, 41, 56 (1988) (nota omitida): "Ni los jueces italianos controlan el paso de la litigación. La resistencia de los abogados hacia el ejercicio del poder judicial ha frustrado aparentemente las reformas estatutorias guiadas a dar a los jueces el poder necesario".

La proposición chilena de "ser duro" parece ser revolucionaria para Sudamérica, donde litigios de "larga duración" y plazos no perentorios son comunes. Véase Ves-covi, *supra* nota 8, p. 213.

ocho días más tarde el rendimiento de pruebas debe terminar, y el juez solamente tiene los próximos tres días para decidir.⁵⁸⁰ También, cuando sea posible, los incidentes deben ser tratados en la misma pieza con la "causa principal" para no retardar la marcha del caso hacia los méritos.⁵⁸¹ Pero en Chile, como en cualquier otro lado, la teoría cede ante la realidad. En la aglomeración del oficio, los jueces fácilmente encuentran "justa causa" para otorgar prórrogas de tiempo,⁵⁸² ejercer discreción para suspender la causa principal,⁵⁸³ o simplemente ignorar los límites de tiempo, lo cual nos han dicho ocurre con frecuencia.⁵⁸⁴

Es particularmente difícil para los jueces cumplir con un plazo legal de 60 días⁵⁸⁵ para decidir sobre los méritos después del cierre del término de prueba, 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, estudiar y aplicar la ley, y dar una decisión escrita elaborada de conformidad con un formato prescrito.⁵⁸⁶ A diferencia de los jueces en el lado penal, quienes son ayudados por secretarios que preparan borradores de opiniones, el tribunal civil, según nos informaron, 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 apelación.⁵⁸⁷ Este reporte, "Boletín Mensual de Causas Adjudicadas", describe en orden cronológico los casos que están listos para ser decididos, la fecha en que estuvieron listos, la fecha en que cada uno fue decidido, y las explicaciones de cualquier violación del plazo de 60 días. Se nos dijo que el historial de puntualidad es tomado en cuenta en el expediente, para el ascenso de un juez.

Los abogados también son presionados por el Código para litigar eficientemente. Chile no ha adoptado la regla común de sus hermanas

⁵⁸⁰ Código de Procedimiento Civil, arts. 89-91.

⁵⁸¹ *Idem*, art. 87.

⁵⁸² *Idem*, art. 67.

⁵⁸³ *Idem*, art. 87.

⁵⁸⁴ En Brasil uno encuentra una "crisis en la administración de justicia" causada por "largos atrasos, formalismo procesal excesivo, desatención rutinaria de límites de tiempo procesales y corrupción". Rosenn, *supra* nota 31, p. 489. Conforme a otras partes del continente, El profesor Vescovi critica "procedimiento el cual se ha desviado de la realidad y ha causado atrasos, el cual ha llegado en algunos países al límite de estar al borde de la negación de justicia". Vescovi, *supra* nota 8, p. 213.

⁵⁸⁵ Código de Procedimiento Civil, art. 162. En Argentina, el plazo son 40 días y el juez está sujeto a multas por atrasos sin excusa. Véase Código argentino, arts. 34 (3) (b), 167.

⁵⁸⁶ Véase el texto que acompaña a la nota 527, *supra*.

⁵⁸⁷ Código Judicial, art. 586 (4).

Repúblicas sudamericanas⁵⁸⁸ y de Europa,⁵⁸⁹ la cual dice que la parte ganadora automáticamente tiene derecho a que la parte vencida pague sus costos, incluyendo honorarios del abogado; sin embargo, se pone alguna presión económica semejante. El Código procesal chileno permite al juez ordenar tal pago cuando el perdedor ha carecido de "motivos plausibles" para litigar.⁵⁹⁰ También, los costos pueden ser impuestos contra el promovedor de un incidente que no obtenga una resolución favorable y que el juez considera "dilatorio".⁵⁹¹ Esto pone a Chile al lado del sistema jurídico de los Estados Unidos, el cual fija, desde 1983, poder en los jueces de primera instancia para sancionar el comportamiento irrazonable en todo o en parte, con los costos de tribunal y los honorarios.⁵⁹²

La ley chilena impone obligaciones adicionales en las partes y sus abogados, con el fin de agilizar los litigios. Uno encuentra una regla curiosa de "dos veces".⁵⁹³ Cuando una parte ha promovido y perdido dos o más incidentes en un mismo juicio, el juez determina, dentro de

⁵⁸⁸ Véase, por ejemplo, Código venezolano, arts. 274-287; Código colombiano, arts. 392-393. En Argentina se afirma que la parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, pero además fija en el juez un poder para eximir al litigante vencido de esta responsabilidad por razones que el juez debe expresar en su pronunciamiento. Código argentino, arts. 68, 69. Esos que litigan de manera maliciosa o temeraria están sujetos a multas en favor de la parte ganadora. Código argentino, art. 45. En Perú, la parte vencida paga los costos a menos que el juez la exima de esta obligación, cuanto aparezca que ha tenido motivos justificables para litigar. Código peruano, art. 1007 (motivos atendibles para litigar).

⁵⁸⁹ Véase Langbein, "Comparative Civil Procedure and the Style of Complex Contracts", 35, *Am. J. Comp. L.*, 381, 389 (1987).

⁵⁹⁰ Código de Procedimiento Civil, art. 144.

⁵⁹¹ *Idem*, art. 147.

⁵⁹² Véase Fed. R. Civ. P. 11. Compare Código venezolano, art. 170:

"Las partes, sus apoderados y abogados asistentes deben actuar en el proceso con lealtad y probidad. En tal virtud deberán:

1. Exponer los hechos de acuerdo con la verdad;
2. No imponer pretensiones ni alegar defensas, ni promover incidentes, cuando tengan conciencia de su manifiesta falta de fundamentos;
3. No promover pruebas, ni realizar ni hacer realizar actos inútiles o innecesarios a la defensa del derecho que sostengan.

Las partes y los terceros que actúen en proceso con temeridad y mala fe son responsables por los daños y perjuicios que causaren.

Se presume, salvo prueba en contrario, que la parte o el tercero han actuado en el proceso con temeridad o mala fe cuando:

1. Deduzcan en el proceso pretensiones o defensas principales o incidentales manifiestamente infundadas;
2. Maliciosamente alteren hechos esenciales a la causa;
3. Obstaculicen de una manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento del proceso."

⁵⁹³ Código de Procedimiento Civil, art. 88.

un rango fijo, la cantidad que será depositada en la cuenta corriente del tribunal si aquella parte decidiera promover otro incidente. En establecer el monto que será depositado, el juez es guiado por la "actuación procesal" del perdedor. Si pierde de nuevo, el recurrente perderá el depósito.⁵⁹⁴ Si encuentra "mala fe", el juez puede subir la cantidad del depósito hasta el doble del máximo legal. Otro mecanismo de eficiencia que vale la pena mencionar es la regla de "posponer una sola vez". Un abogado tiene el derecho de posponer el día de audiencia de una causa una sola vez;⁵⁹⁵ después de utilizado este derecho, para postergar otra audiencia deberá alegar una de las causas enumeradas en la ley, como tener un conflicto con otra audiencia el mismo día.

En 1988 Chile promulgó enmiendas extensas al Código de Procedimiento Civil.⁵⁹⁶ Uno de los fines de esta reforma fue el de combatir el atraso de las causas. Los periodos fueron disminuidos, como los que conciernen abandono. Ahora, si seis meses pasan sin que las partes hagan algo para continuar con la causa, se considera el caso como abandonado y se lo declara sin lugar.⁵⁹⁷ La regla anterior permitía un año entero de inactividad. Semejantemente, las enmiendas de 1988 disminuyeron de seis meses a tres meses el término máximo de inactividad en una apelación de una decisión final y de tres a un mes para apelaciones interlocutorias.⁵⁹⁸ Otra regla que ahorra tiempo cortó por la mitad el tiempo para argumentar en apelación.⁵⁹⁹ Por fin, 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, observamos que sólo en algunos momentos pudimos

⁵⁹⁴ Ésta y la mayoría de las otras multas y deserciones van a un fondo con el que se financia el servicio legal a indigentes de Chile. Para el derecho de servicios legales gratuitos para indigentes, véase Código de Procedimiento Civil, arts. 129-137; Constitución de Chile, art. 19, párr. 3, cl. 3.

⁵⁹⁵ Código de Procedimiento Civil, art. 165.

⁵⁹⁶ Ley Núm. 18,705, mayo de 1988. Véase, en general, Informe de la Corte Suprema, "Proyecto de Ley que Modifica los Códigos de Procedimiento Civil, Orgánico de Tribunales y de Procedimiento Penal", 14, *Rev. Derecho Procesal*, 101 (1987).

⁵⁹⁷ Código de Procedimiento Civil, arts. 152, 153. Notamos que los demandados deben hacer una moción para tal extinción de la demanda, sugiriendo que las partes pueden evitar la regla a través de un acuerdo mutuo. También, la absolución de la demanda carece de los dientes de *res judicata*. Código de Procedimiento Civil, art. 156.

⁵⁹⁸ Código de Procedimiento Civil, art. 211.

⁵⁹⁹ Código de Procedimiento Civil, art. 223.

referirnos con mucho detalle al procedimiento de Sudamérica y menos frecuentemente pudimos analizar el mismo. Tal es el precio de nuestro deseo de hacer un análisis global. Nuestros ojos han visto cientos de artículos de códigos producidos por docenas de legislaturas localizadas en tres continentes. Nuestra esperanza es ofrecer un esquema que pueda enriquecer el conocimiento general de comparativistas en el derecho, y pueda ofrecer una cuña para abrir la ventana un poco a la abogacía en general.

El valor principal del artículo, creemos, es su enfoque en un cuerpo de ley desatendido —el de las Repúblicas de América del Sur— y una parte de ese cuerpo, el procedimiento civil, también desatendido. Si al final hubiéramos encontrado un procedimiento civil tosco, mal concebido y de mal funcionamiento, nuestra contribución sólo hubiera confirmado la sabiduría de distribuir recursos escolásticos en otro lado.

En cambio, lo que sí encontramos fue un cuerpo rico en principios de procedimiento que ofrecen experiencia y sabiduría considerable al mundo de estudiosos jurídicos. En Sudamérica encontramos bastante adaptación de códigos europeos y uno no puede locuazmente concluir que sólo copias ordinarias pueden ser encontradas allí. 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 mi tierra.

Felizmente, entonces, nuestra investigación podrá despertar un interés en la ley de los países de Sudamérica.

Richard B. CAPPALLI
Traducción de Jorge Paz Durini