

## **Desarrollo Cuestionario: informe nacional de Chile**

(Questionnaire development: national report from Chile)

***Álvaro Pérez Ragone and Raúl Nuñez Ojeda***

Professors at the Pontificia Universidad Catolica at Valparaiso (Chile)

### **I. Tradiciones nacionales**

- i) **Frente a la distinción clásica entre tradiciones jurídicas (*common law, civil law*), ¿a qué tradición corresponde la legislación procesal de su país? Describa sucintamente las características típicas en lo que concierne a los principios fundamentales del proceso civil (principios dispositivo, inquisitorio, mixto; contradictorio; oralidad; publicidad; administración de la prueba; vías de impugnación y alcance de las instancias recursivas, etc.).**

En nuestro país nos encontramos inmersos en una marcada tradición ligada al *civil law*, lo que no sólo se encuentra enmarcado en nuestro proceso civil, sino también en gran parte de nuestra legislación.

En lo que al proceso civil se refiere, diversas son las manifestaciones que nuestro sistema ha recogido, tanto a lo largo de su historia, como actualmente. Así, para dar contenido a esta afirmación, nos basta con dar ciertos ejemplos relativos a los principios sobre los cuales se estructura nuestro proceso civil actual: (i) *Principio dispositivo* como eje de la justicia civil. La disponibilidad del objeto del proceso constituye una característica fundamental del sistema chileno, lo cual no representa una gran excepción a otras experiencias internacionales, sin embargo, su disponibilidad manifestada exacerbadamente durante el proceso eventualmente llega a formular diversos problemas. En nuestro



país este principio encuentra una amplia acogida, y su fundamento hay que encontrarlo en el generoso reconocimiento constitucional que se hace del derecho de propiedad privada en nuestra Carta Magna (19 N 24), y de otros derechos anexos a este último, tales como el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (Art. 19 nº 21 CPR) y el derecho a adquirir el dominio de toda clase de bienes (Art. 19 nº 23 CPC). Si bien las partes no pueden disponer de las normas procesales (salvo casos de arbitraje), su disponibilidad puede provocar, en términos generales, la salida anticipada del proceso sin tener que soportar alguna carga procesal o pecuniaria que limite el despilfarro de recursos públicos a favor de intereses dejados al azar.

La posibilidad de desistirse de la demanda (Art. 148 y ss. CPC) en cualquier momento del juicio con aceptación del demandado exime del pago de costas, siendo éstas y la extinción del derecho sustancial respectivo, herramientas que no son del todo eficaces para lograr la descongestión del sistema en relación al establecimiento de demandas temerarias o derechamente faltas de fundamentos (otro tanto ocurre, aunque en mucha menor medida, con la conciliación, Art. 262 CPC o el avenimiento, Art. 434 Nº 3 CPC, el allanamiento y la transacción, Art. 2446 CC).

Además existen manifestaciones obvias como el hecho de que *actividad jurisdiccional puede iniciarse a petición de parte* (la persona puede con plena libertad, hacer valer o no su derecho e, incluso, puede acudir a otras formas de tutela como los llamados métodos alternativos de solución de controversia).

En Chile, comprobando el pleno reconocimiento de este criterio de organización en materia civil se establece expresamente que “todo juicio ordinario comenzará por la demanda del actor” (Art. 253 CPC). Luego, entre otras disposiciones se reconoce también que la decisión de iniciar o no el juicio depende del titular del interés que se hace valer, tales como, por ejemplo el Art. 273 CPC. Además, la *determinación del objeto del proceso es facultad exclusiva de las partes litigante*. Son éstas las que fijarán mediante sus alegaciones, qué es lo que piden y por qué razones o argumentos formulan estas peticiones. En efecto, la comprobación de esta manifestación del criterio la encontramos en los requisitos que debe cumplir la demanda que establece el Art. 254 Nº 4 y Nº 5 (CPC). Lo mismo sucede con la contestación de la demanda, en la cual el demandado, si lo desea, debe hacer valer “las excepciones que se oponen a la demanda y la exposición clara de los hechos y los fundamentos de derecho en que se apoyan” (Art. 309 Nº 3), de modo que ésta debe culminar con “la enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión, de las peticiones que se someten al fallo del tribunal” (Art. 309 Nº



4). Evidentemente, en ninguna de estas manifestaciones, las partes pueden ser reemplazadas por el tribunal, que no puede formular por sí alegaciones o defensas de hecho que no han efectuado las propias partes y si lo hacen, su sentencia es nula, ya que ese defecto constituye una causal del recurso de casación en la forma.

La actitud pasiva del juez, se refleja no sólo en la génesis del proceso, pues también lo hace cuando éste se desenvuelve y termina, pues el juez está limitado en su decisión por lo ofrecido por las partes, so pena de nulidad de su sentencia por *Ultra petita* (Art. 768 Nº 4 CPC) por transgredir el principio de congruencia que debe tener su resolución con lo solicitado por las partes.

En una línea de principio, en nuestro país rige el (ii) *La aportación de parte*, donde son ellos quienes deben probar las circunstancias de hecho envueltas en el proceso, siendo el juez un mero espectador de dicha controversia.

Con carácter general, este principio se encuentra reconocido en el Art. 160 CPC, conforme al cual las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio, siendo esto último excepcional.

En *materia probatoria*, tenemos disposiciones tales como el Art. 402 CPC, conforme al cual se deben considerar como ciertos los hechos personales confesados por los litigantes, lo que incluye los reconocidos en sus respectivos escritos, al margen incluso de la propia convicción del juez. También se concede a las partes la iniciativa preponderante en la práctica de todas las diligencias de prueba, que éstas deben proponer los medios concretos de que piensan valerse (Art. 320 -respecto a la prueba de testigos, que exige a los litigantes una minuta de puntos sobre los que piensa pedir la prueba testimonial y una nómina de los testigos-; Art. 385 -respecto a la confesión-; art. 403 -en relación a la inspección personal del tribunal-, etc.).

No obstante ello, podemos señalar una limitación a este principio por medio de las llamadas “Medidas para mejor resolver” (Art. 159 CPC), aunque muchos han visto en ellas más bien una herramienta para dilatar el proceso cuando el juzgador no tiene aún un conocimiento informado acerca del mismo o simplemente, como una utilidad para distribuir su exorbitante carga laboral.

Por otro lado, desentrañamos el (iii) *Principio contradictorio* a través de la llamada Etapa de Discusión, y que tiene manifestaciones como el hecho de tener que notificar en forma legal la demanda



(Art. 40 CPC) o la igualdad de armas entre ambos (Art. 19 N° 3 CPR). En tanto, no obstante ser los principios de Oralidad versus Escrituralidad complementarios, en nuestro país existe una clara manifestación del (iv) *Principio de Escrituralidad*, expresada en la misma demanda (Art. 254 CPC) y su contestación (Art. 309 CPC). También en la sentencia definitiva (Art. 170 CPC) y la regulación de los escritos con los que las partes se desenvuelven en el proceso y las actuaciones judiciales del Tribunal (Art. 29, 59 CPC respectivamente). Se aplica el adagio de que sólo existen los actos procesales que constan en las actas o en los escritos que forman el expediente. Así el Art. 29 CPC señala que “*forman el proceso los escritos, documentos y actuaciones de toda especie que se verifiquen en el juicio*”. Luego señala que de toda actuación deberá darse testimonio escrito en el proceso, con expresión del lugar, día, mes y año que la ley o el tribunal dispongan”.

A su vez, la escrituración no sólo se manifiesta en ello, sino también en el establecimiento del (v) *Principio de mediación*, donde es posible la existencia de intermediarios entre el juez y las partes, lo que en Chile se ha puesto de manifiesto principalmente en la rendición de pruebas, como la testimonial, donde se ha institucionalizado la presencia de auxiliares de la Administración de Justicia para ello.

En palabras del Profesor Tavolari Oliveros<sup>1</sup> “(..) cuando se detiene la marcha a la búsqueda de un mejor régimen de comunicación procesal, y se repara en la finalidad del esfuerzo, surge un amplio espectro de submetas valiosas, dignas de consideración, todas las cuales se orientan al fin último de una mejor justicia: así, la celeridad; la inmediatez, en cuanto facilidad de formar la convicción del juzgador; la concentración; la dirección cabal del proceso por el juez, etc., constituyen todos valores menores que, no obstante, deben preservarse en la ordenación procedimental. Así las cosas, las posibilidades concretas de opción, en el establecimiento de los sistemas comunicacionales al interior del proceso no terminan siendo numerosas: o nos comunicamos oralmente, o lo hacemos por escrito, o buscamos una fórmula intermedia que importe la expresión oral y un registro posterior escrito”<sup>2</sup>.

El proceso civil chileno es escrito. Se aplica el adagio sólo existen los actos procesales que constan en las actas o en los escritos que forman el expediente. Así el 29 CPC señala que “*forman el proceso los escritos, documentos y actuaciones de toda especie que se verifiquen en el juicio*”. Luego señala que de toda actuación deberá darse testimonio escrito en el proceso, con expresión del lugar, día, mes y año que la ley o el tribunal dispongan”.

<sup>1</sup> TAVOLARI OLIVEROS, RAUL, “La oralidad en el proceso civil de América Latina”, *El proceso en acción*, Libromar, 2000, pág. 313

<sup>2</sup> TAVOLARI OLIVEROS, RAUL, “La oralidad en el proceso civil de América Latina”, op. cit., pág. 313.



En cuanto a la prueba, hemos visto la aportación de parte, pero además tomamos en cuenta sus características desde el punto de vista de su valoración, rigiendo en nuestro país la tarificación de la misma (Art. 428 CPC), acorde con la escrituralidad y la mediación, principios que están siendo seriamente modificados por las sucesivas reformas procesales chilenas. Sin embargo, los serios inconvenientes que los principios ya reseñados han provocado en nuestro sistema, se corona con (vi) *Vías de impugnación* que permiten recurrir frente a un catálogo amplísimo de resoluciones y causales (Apelación, Art. 186 CPC, Casación en la forma y en el fondo, Art. 764 CPC).

Para finalizar, estos principios se ven complementados con el (vii) *Principio de Publicidad*, el cual rige con las limitaciones impuestas por la misma escrituralidad, o el (viii) *Principio de Economía Procesal* como modo de subsanar ciertas dilaciones ocurridas por consecuencia de lo ya reseñado, manifestado por ejemplo, por la Acumulación de autos (Art. 92 CPC) o Litis Consorcios (Art. 17 CPC). Este es un principio que adquiere cada vez mayor importancia como consecuencia del exceso de trabajo de los tribunales y la falta de medios hace que las decisiones de los problemas se retarde enormemente. En la actualidad hay una verdadera convicción de que la justicia tardía es justicia denegada. Esta situación se agrava frente a países con problemas económicos como por ejemplo con una tasa importante de inflación. Con este principio se busca que el juez rechace la excepción dilatoria. Pero desde otro punto de vista se busca de que nadie quede privado de concurrir a los tribunales por falta de medios económicos y que todo los litigantes tengan acceso a una accesoria idónea.

Ello a su vez, en un marco donde el (ix) *Principio de Buena fe*, debe ser un eje dentro del proceso, y que se expresa en límites a la promoción de incidentes (Art. 88 CPC) o el hecho de que la parte vencida pague las costas (Art. 144 CPC).

Por último encontramos el (xii) *Principio de la Preclusión*, que persigue establecer que dadas determinadas circunstancias se agota el derecho del litigante para realizar alguna actuación, se extingue la posibilidad de actuación de las partes. Así las cosas, en el ámbito del Derecho procesal cuando respecto de una etapa ya no se puede volver sobre ella decimos que respecto de ella precluye el derecho de las partes. Lo que se persigue con el principio de preclusión es: 1) celeridad en la tramitación de los procesos; y, 2) Buena fe en las partes. Un ejemplo sería, si la prueba debe rendirse dentro de un determinado plazo, y si ello no ocurre precluye el derecho a presentar prueba.



- ii) **¿Existen tradiciones nacionales muy específicas en su país en materia de proceso civil? Por ejemplo, en materia de recurrencia a los medios alternativos de resolución de litigios antes o durante la instancia judicial, en materia de poderes del juez, de cargas, derechos y obligaciones de la partes, de prueba, de vías de recursos, etc.**

En nuestro proceso civil se ha hecho costumbre la iniciación de continuación de procesos carentes de un interés jurídico comprometido, lo que lamentablemente ha encontrado respaldo tanto en la legislación como en la jurisprudencia.

Así, el juez al tener una actitud pasiva, no tiene facultades para un mayor análisis del fondo de las demandas de los justiciables, lo que ha abarrotado nuestros tribunales con intereses que distan mucho de ser necesariamente resueltos por un Tribunal de la República. Ello, por la poca difusión que tienen los medios alternativos de resolución de conflictos, lo que han encontrado acogida en materias como el Derecho de Familia, pero que en materia civil no ha obtenido un respaldo como el que, por diferentes motivos, ha tenido la llamada “*justicia vecinal*” en el sistema estadounidense. El rol para muchas de las pequeñas causas con difusa competencia ha sido asumido por la *Justicia de Policía Local*, que depende de las municipalidades y que no obstante integrar (aun cuando sea cuestionable) el poder judicial, presupuestariamente no depende de él.

De esa forma, la gran cantidad de causas que ingresan anualmente a nuestros tribunales, hacen preciso que el Sistema Judicial haya ido adoptando ciertas costumbres nocivas y atentatorias contra el proceso, como la posibilidad de delegar ciertas funciones a determinados auxiliares de la administración de justicia, como los la posibilidad de recepción de pruebas, lo que redundo no sólo en predicar una mediación en el proceso, sino también, una extensión de sus efectos que se proyecta en materia recursiva, donde vemos una segunda instancia donde se debe proceden en base a hechos que ni siquiera han sido ponderados personalmente por el juez de mérito.

En base a este círculo vicioso, vemos que ingresan una gran cantidad de causas, pero que no necesariamente se ven reflejadas en la primera, sino además en una sobre carga de los



tribunales de segunda instancia, donde más del 80% de las causas terminan siendo acogidas o rechazadas por ellos. Así, es normal la apelación como vía de impugnación, procedente en la más variadas causales y que redundan en una marcada dilación del proceso, como proyección de una garantía que se ha tornado desnaturalizada y carente de criterios de eficiencia y eficacia.

No obstante ello, esta sobrecarga hace posible también que las partes puedan aventurarse en las más variadas hipótesis fácticas y jurídicas, pues la variada gama de posibilidad de impugnación existentes actualmente, está complementada con un sistema donde la unificación jurisprudencial atentaría incluso con los principios de nuestro proceso, acostumbrando a los operadores jurídicos a los tambaleantes cambios de doctrina de nuestros tribunales, lo que ha sido objeto de intentos por superarla, por ejemplo, en materia Laboral mediante el Recurso de Unificación de la Jurisprudencia (Art. 483 CdT). Preocupado de dichas circunstancias, el Legislador ha intentado limitar en ciertos casos, esta amplitud de la libertad de las partes en el desenvolvimiento del proceso, por ejemplo, estableciendo oportunidades procesales o requisitos específicos para el establecimiento de ciertas actuaciones (en materia de excepciones, Art. 310 CPC, o en materia recursiva la posibilidad de desechar recursos de Casación por manifiesta falta de fundamentos, Art. 782 CPC).

En base a estas consideraciones, podemos establecer ciertos ejemplos específicos:

a) Es un procedimiento absolutamente escrito

Sobre el punto nos referimos en el apartado anterior.

b) Esta establecido en base a una sucesión de plazos

La estructura de este procedimiento se caracteriza esencialmente porque contempla una larga sucesión de etapas o *terminus*, los que se deben ir realizando diferentes actos escritos. Cada escrito provoca un contra escrito de la contraparte con lo que el proceso se transforma en una larga sucesión de etapas separadas entre sí.

c) Predominio absoluto de la mediación

Como consecuencia de su carácter escrito, es que entre el tribunal y las demás personas que intervienen en el proceso, que son las partes y las fuentes de prueba, entre las cuales se



encuentran los testigos, los peritos, los instrumentos, lugares o cosas, no existe un contacto directo e inmediato.

Por el contrario, la relación entre el juez y estos elementos personales y materiales, está intermediada por otras personas, generalmente del mismo tribunal, a veces otros jueces, que han recibido la información, y la han transcrito en actas, que son las que leerá el juez que deberá dictar sentencia definitiva.

d) Se permite la promoción de incidentes durante todo el proceso

Se autoriza a las partes para promover cuestiones accesorias, prácticamente desde antes que éste se inicia hasta que termina. Se trata de los incidentes que mientras más complejo sea el asunto más aumentan.

Estas cuestiones accesorias deben ser conocidas y resultas especialmente por el tribunal, a través de una sentencia denominada interlocutoria. Tanta importancia tiene que se ha establecido un procedimiento completo, con períodos de discusión, de prueba y de decisión, para conocerlos y resolverlos, en lugar de supeditarlos completamente al desarrollo del proceso.

e) Impugnabilidad inmediata de la mayoría de las resoluciones (vg. Apelación)

Uno de los efectos más importantes que produce el procedimiento escrito, es la posibilidad de impugnar la mayoría de las resoluciones judiciales.

Las decisiones se adoptan en base al mérito de lo que se lee en el expediente, en el cual se acumulan todos los escritos y actuaciones que se han ido generando durante el desarrollo del proceso. Efectivamente, el expediente escrito hace posible que se puedan interponer fácilmente toda clase de recursos, pero especialmente el de apelación, que permite al tribunal superior de aquel que dicta la resolución impugnada, revisar todos los hechos y el Derecho establecidos por el inferior.

f) Sistema de prueba legal o tasada

Producto de la desconfianza del legislador hacia los jueces se regula minuciosamente la producción y, sobre todo, el valor probatorio que cabe atribuir a los diversos medios de prueba, no sólo en la legislación procesal sino también en la sustantiva.





Como resultado, no cabe dudas de que en nuestro procedimiento declarativo ordinario de mayor cuantía, en torno al cual gira el sistema procesal nacional en materias no penales es un régimen de valoración de la prueba legal o tasada.

g) Aplicación de los criterios de organización de la tutela procesal dispositivo y de aportación de parte, que determinan la pasividad del juez en la conducción del proceso escrito

El principio dispositivo se traduce en la imposibilidad del juez de intervenir en el inicio y la terminación del juicio. Por otro lado el de aportación de parte se traduce en la pasividad del juez en traer el material probatorio que le permitiría decidir el juicio.

h) Los procesos son excesivamente largos

El procedimiento civil tiene una duración que supera la noción del plazo razonable, aún en el supuesto que se respeten todos los plazos por los participantes.

Si bien todo lo anterior tiene su explicación en la época en que se dictó el CPC, el problema es que no hemos sido capaces de enfrentar una reforma global del sistema procesal civil.

- iii) **¿Se han adoptado en su país recientemente (en los 15 últimos años) reformas procesales estructurales? Si es sí, en qué dirección fueron esas reformas y cual ha sido el objetivo? ¿Han contribuido ellas a « modelar » el proceso y a la armonización en relación a las convenciones internacionales o leyes-modelos, o a los Principios ALI/Unidroit de Procédure civile transnacional?**

En los últimos años Chile ha vivido una sucesión de modificaciones estructurales en los que al Derecho Procesal se refiere. En 1998, esta ola de reformas comenzó con la Reforma Procesal Penal, la que tuvo como objeto dejar atrás los principios inquisitivos del antiguo modelo, pasando a un sistema moderno donde se instauran principios fundamentales como el de Oralidad y la inmediación, regulando de mejor modo a los intervinientes del proceso y estableciendo un nuevo Organismo encargado de la persecución e investigación penal (Ministerio Público). Ello, mediante diversas normas, como la Ley Nº 19.519, Nº 19.640, Nº 19.665, Nº 19.696 y la ley Nº 19.806. De esa forma, se estructura el proceso en



dos audiencia (Preparatoria y de Juicio), estableciendo también una regulación en miras a obtener un proceso eficiente, tanto de tiempo como de recursos.

Ello además, se ha reflejado en otras reformas importantes como la relativa a los Tribunales de Familia (Ley Nº 19.968 y Nº 20.286), que tiene como fin concentrar en forma única y especializada la competencias de Derecho de Familia, otorgando a las partes instancias adecuadas para llegar a soluciones cooperativas, pacíficas y consensuadas, estableciendo una mayor y mejor participación en métodos alternativos de resolución de conflictos. Así, en esta nueva dimensión se toman en cuenta temas extrajurídicos y de relevancia fundamental en estas materias, como la asesoría al Juez en materias sensibles mediante Consejos Técnicos, y mejorando el acceso a la justicia por medio de la resolución de conflictos basados en la Mediación.

Ello no se ha quedado estancado en dichas materias, sino también se ha extendido al Derecho del Trabajo, donde mediante diversas normas (Ley Nº 20.087, Nº 20.252, Nº 20.023, Nº 20.022 y Nº 20.438) se ha pretendido la oralidad y la concentración de dichos procesos, por medio de tribunales estructurados en Jueces de letras, encargados del conocimientos de controversias, y Jueces de Cobranza en lo Laboral, en los cuales se radica el cobro de las prestaciones que derivan del proceso laboral. De esa forma, el principal fundamento de dicha reforma fue descongestionar los tribunales, los que en su mayoría se encargaban del cobro de imposiciones laborales y previsionales adeudadas a favor de los trabajadores. De ese modo, se han instaurado medidas para mejorar su funcionamiento, como el hecho de contar con un Procedimiento Monitorio para ello. Además, se pretendió mejorar la relación Empleador-Trabajador, mediante el establecimiento de procedimientos especiales, como el Vulneración de Derechos, principal manifestación de la protección de los Derechos Fundamentales del Trabajador.

No obstante ello, también se han dado modificaciones más específicas en las que encontramos la importante Ley Nº 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional la que mayormente recoge normas internacional sobre la materia. Así, dicha ley fija procedimientos para la resolución en Chile de disputas comerciales a nivel internacional, lo que expresa un mayor interés del Gobierno de compatibilizar la apertura de nuestra economía a relaciones internacionales con procedimientos adecuados que puedan resolver conflictos derivadas de ellas. Dicha normativa permite que las partes decidan el procedimiento que les parezca más conveniente para resolver sus contiendas, teniendo herramientas que impidan que se dilaten dichos procedimientos mediante el abuso de recursos procesales, incluyendo, por ejemplo, la prohibición de que un tribunal intervenga en el arbitraje. Lo importante de esta normativa, es que



recoge tendencias mundiales sobre la materia, teniendo en su origen la gran influencia de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y que ha servido a la creación de normas de países tan diversos como la alemana, búlgara, canadiense o de Escocia, Nueva Zelanda y Hong Kong.

**iv) ¿Los proyectos de reforma procesal civil son, en su país, precedidos por estudios de derecho comparado?**

En nuestro país han sido variados los estudios de Derecho Comparado que han precedido las reformas en la materia. Así, por ejemplo, en el Foro de Reforma, han tenido importancia estudios acerca de la materia realizados por importantes autores nacionales, en que ha hecho un completo análisis de los Métodos Alternativos de Solución de conflictos, abordando instituciones como la Negociación, la Mediación y la Conciliación. En este estudio se analizan realidades comparadas como la española, al anglosajona, la alemana, la italiana y la francesa, terminando con estadísticas y propuestas normativas a este respecto. Sin embargo, dichos estudios no han sido sólo realizados personalmente, sino también institucionalizados, como el Informa realizado por el Centro de Estudios y Asistencia Legislativa de la Universidad Católica de Valparaíso, en la cual se realiza un completo levantamiento de Información y Análisis de los modelos Orgánicos comparados, donde principalmente, se analizan realidades españolas, alemanas, de algunos estados de EE.UU, la legislación inglesa, italiana, portuguesa y uruguaya.

Así también, diversos son los estudios de la doctrina nacional en pos de realizar estudios comparados, acerca de las más diversas instituciones del proceso civil, tales como los principios formativos del proceso, materia probatoria y también recursiva.

Principal fuente para la justicia laboral ha sido la justicia española.



**v) ¿Constata usted en su país un retroceso de la distinción clásica entre *common law* y *civil law* en materia de proceso civil? ¿en qué instituciones o principios?**

Teniendo en consideración el retroceso mismo de ambos paradigmas como instituciones antagónicas, podemos ser claros en que el proceso chileno avanza hacia una dirección donde la distinción tradicional ya no es total ni mucho menos absoluta. Si bien es cierto, el proceso civil aún se estructura sobre la base de un código decimonónico, es relevante señalar que la próxima reforma que pretende modernizar el sistema, y que es reflejo de las reformas ya señaladas anteriormente, apunta precisamente a dejar de lado ciertas instituciones añejas para dar paso a un proceso eficiente y eficaz desde diversos puntos de vista.

En primer lugar es claro el hecho de que los principios que informar un sistema y otro ya no son decisivos para su distinción. Así, por ejemplo, la oralidad que era casi un monopolio del Common Law ya no es tal, pues en el sistema chileno hace rato se viene incorporando dicha base en los procesos (más allá de la distinción entre la oralidad desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo, es claro que la oralidad en las etapas, como la discusión y su proyección en la intermediación, dan un tinte al proceso que no podemos descartar).

Más allá, de no ser este principio siquiera decisivo para una distinción clara, las proyecciones de ello si lo son, y ellas apuntan en diversas etapas del proceso, por ejemplo, también en la prueba, donde hoy existe una estructura que se caracteriza por la libertad de prueba, acorde a un proceso donde el juez tiene una participación activa, tanto en su producción como en su valoración. Ello, redundando además, en un modelo adversarial que no se había visto con tanta plenitud en procesos anteriores a las nuevas reformas, donde la escrituralidad provocaba prácticamente un mensajería remota entre el juez y las partes. Hoy, los participantes en el proceso tienen amplias facultades para poder contradecir en forma directa a su contraparte, mediante pruebas orales, exámenes probatorios, etc. Con las reformas sucesivas en nuestro sistema, se han implantado procesos donde las audiencias se basan en dos, una preliminar y otra de juicio, dando una estructura que se asemeja bastante a los dados por sistemas del Common Law, y donde la oralidad vierte su contenido en una y otra, provocando diversas consecuencias, como el hecho de llegar a un acuerdo en la primera audiencia de modo de poner fin al litigio por vías alternativas al contencioso normal que se da en el Civil Law.



En cuanto a los poderes del juez, ambos sistemas se han acercado mucho a la realidad en que hoy están inmersos, pues nuestras reformas van de la mano con una mayor participación de él, lo que no ha sido extraño en sistemas como el anglo, donde las *Civil Procedural Rules (1998)*, han instaurado a un tercero imparcial con amplias facultades (lo que también desplaza la relación de identidad entre sistemas de Common law con sistemas no escriturados en lo que a normativa se refiere). Y así, otro tanto con las sucesivas reformas hechas en EEUU a la *Federal Rules of Civil Procedure*.

Dichos poderes no se manifiestan hoy en día, sólo en su actuación en el proceso, sino también en los criterios adoptados para sus decisiones. Mientras que en el Common Law, el Precedente Judicial ha sido el paradigma en cuanto a procesos se refiere (regulado y limitado por herramientas como el “*distinguishing*” o el “*overruling*”), e nuestro país se ha ido abandonando su antítesis, estableciendo recurso como el “Unificación de la Jurisprudencia” en materia laboral para poder, en cierto modo, llevar una línea jurisprudencia acorde a un sistema ávido de certeza jurídica.

De esa forma, vemos ejemplos en que la distinción ya no constituye una frontera cerrada entre ambos sistemas, lo que no sólo tiene fundamento en la doctrina procesal internacional, sino en las relaciones que derivan de una globalización que cada día pretender acortar las diferencias jurídicas, económicas y sociales entre países tan distintos como los europeos y sudamericanos.

## II. Leyes Modelos.

- vi) a) ¿En qué medida la jurisprudencia de su país acoge los principios de las convenciones y tratados internacionales (Convención Americana sobre los Derechos del Hombre, textos de la Unión Europea, Convención Europea de los Derechos del Hombre, Tratado Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.) y la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales (Corte Interamericana de los Derechos del Hombre, jurisdicciones europeas y otras)? Indicar las principales materias a las que aquellas han sido aplicadas.
- b) ¿Los tribunales de su país han resistido a veces seguir la jurisprudencia en materia de procedimiento civil de una jurisdicción internacional (por ej. La Corte Europea de los Derechos Humanos), dictando decisiones en sentido contrario u opuesto?

- a) Nuestra Jurisprudencia es en cierto sentido reacia a acoger en forma directa los principios internacionales. Ello se deriva del hecho de que los tratados internacionales en Chile deben ser respetados por toda autoridad estatal, ejecutiva, judicial y administrativa, lo que ha sido recogido por el propio constituyente en el Art. 5 CPR. De esa forma, y acorde a un sistema jurídico basado en leyes escritas, la jurisprudencia se limita a fundamentar sus resoluciones mediante la aplicación de normas expresas, pero la utilización de normativa internacional, sólo se da como fundamentos “a mayor abundamiento”, siendo argumentos de segunda o tercera categoría en una sentencia definitiva. Así, sólo en casos excepcionalísimos se han acogido recursos de Casación en el Fondo por infracción a normas incluidas en Tratados Internacionales. No obstante ello, en nuestra jurisprudencia se ve claramente la tendencia de integrar el derecho con normas internacionales, sólo cuando ellas han sido objeto de la *Conversión* (transformación en ley), lo que claramente sostiene una doctrina errada y que desconoce los principios de integración jurídica internacional.

Sin embargo, ello no sólo se reduce al ámbito civil en un sentido estricto, pues también las normas laborales han incluido normas respetuosas de los principios internacionales, otorgando, hasta ahora, una interpretación bastante parecida a la de nuestros tribunales superiores, en pos de fundamentar sentencias con dicha normativa, para obtener un resultado más refinado, pero que en ningún caso responden a un espíritu por hacer prevalecer dichas normas, sobre todo en lo que a Derechos Fundamentales se refiere.

No obstante ello, nuestros tribunales han aplicado determinadas normas de carácter especialísimo, y principalmente acusados por el reenvío de la propia normativa internacional. Así, por ejemplo, se ha fallado de acuerdo al Convenio de Varsovia (1929) sobre transporte aéreo mercantil, o normas acerca de los títulos de crédito, donde, tanto la ley nacional como internacional (Código de Bustamante) hacen aplicable la ley del foro, por lo que no constituye de un modo claro, una aplicación real de una normas internacional en forma directa.

- b) Por otro lado, nuestros tribunales tampoco han tenido vocación para aplicar principios asentados por tribunales con jurisdicción internacional. Por un lado se utilizan, en forma excepcional, para dar mayor valor a sus fundamentos, pero cuando no se avienen a las



decisiones propias, no vacilan en fallar de un modo diverso (véase solo el ejemplo actual de la Jueza Atala). De esa forma, el Tribunal Constitucional ha seguido determinados lineamientos de Cortes extranjeras (como la española) para crear una noción de Debido Proceso, la cual, en todo caso, no ha tenido gran repercusión en el desarrollo jurídico-procesal interno.

**vii) En *doctrina*, ¿hay en su país debates sobre la « modelización » mundial (o regional) del proceso civil? ¿Cuál es la posición mayoritaria de los autores en esta materia? ¿Cómo han sido recibidos los Principios ALI/Unidroit de Procedimiento civil transnacional? La cuestión de la autonomía procesal de los Estados ha sido un obstáculo?**

Existen un debate más bien limitado en nuestra doctrina acerca de los actuales delineamientos que debiera seguir nuestra justicia civil. Ello se ve reflejado, por ejemplo, en los aportes de diversos autores enmarcados en el Foro de la Reforma Procesal Civil donde se ha buscado recoger experiencias comparadas acerca de las más diversas instituciones procesales, algunas ajenas a nuestra realidad, y otras ya incorporadas en algunas reformas procesales ya establecidas en nuestro país. De esa forma, los autores en su gran mayoría han intentado dejar atrás los modelos arcaicos que impregnan nuestro actual Código de Procedimiento de Civil, lo cual no es gran novedad si lo analizamos desde un punto de vista histórico, ya que al tener un código decimonónico, no es raro plantearse dudas acerca de su actual vigencia y eficacia. En efecto, en el estudio y discusión del proyecto de nuevo Código Procesal Civil para Chile se trabajó como un insumo más con los Principios ALI/Unidroit de Procedimiento civil transnacional.

Así, la doctrina ha estado conteste en que un código con esas características ya no cumple un rol social adecuado a nuestra evolución, tanto jurídica como social, lo que hace indispensable un avance en la materia, tal como se ha hecho en materiales penales, de familia o laborales, con bastante éxito hasta ahora. La doctrina se inclina, principalmente, por modificar el sistema partiendo desde sus bases, otorgando al proceso un corte oral y de intermediación, radicalmente distintos a los que se da en el actual sistema. Aparte de ello, se deben exacerbar principios como la bilateralidad de las audiencias (que ahora se constituyen en dos) y concentración, procurando de ese modo,



hacer posible otras bases como la de economía procesal y buena fe entre las partes. Con ello, la doctrina pretende dejar de lado antiguas críticas acidas a nuestro sistemas, que van en la vía de mejorar las serias deficiencias del mismo. Por ejemplo, hoy se entiende que un proceso ya no puede depender de formalidades carentes de fundamentos, ni de pruebas y actuaciones que sólo tengan como fin dilatar el proceso.

Hoy vivimos en una sociedad que demanda soluciones rápidas y eficaces, pero que no puede dejar de lado un mínimo de garantías para los justiciables: Ello es lo que pretende mejorar nuestro país, mediante la incorporación de distinguidos autores a los Foros de Reforma iniciados hace ya algunos años.

Por otro lado, vemos también que los principios uniformadores del UNIDROIT, han sido recogidos ya en una experiencia legislativa de carácter procesal, como lo es la Ley Nº 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, la cual adoptó prácticamente por completo la Ley Modelo que para tal efecto ha sido emitida por la UNCITRAL. Así, Chile ha pretendido estar a la vanguardia en dicha normativa, reconociendo el desarrollo de las relaciones, no solo civiles, sino que comerciales que han sido provocadas por nuestra apertura como una economía globalizada. Con ello, se recogen sus principales postulados y principios, con el objeto, no solo de brindar a Chile una ley sobre arbitraje acorde a la realidad internacional, sino también, con el posicionar a nuestro país como un centro de arbitraje en el Cono Sur.

En fin, nuestro sistema ha intentado recoger diversas normas provenientes del Derecho Comparado, sin embargo, ello no se ha visto limitado por la llamada “autonomía procesal”, pues hoy en día se ha tenido consenso acerca de que los modelos internacionales, si bien son importantes para el desarrollo del derecho interno, ellos deben ser aplicados y recogidos con serenidad y cautela ya que los procesos civiles generalmente responder a realidades sociales diversas.

Por ello, se han dado todo tipo de discusiones en los sucesivos Foros para la Reforma, lo que permite a estos interlocutores llegar a diferentes acuerdos acerca de la normativa que debiese regir a los procesos civiles en lo sucesivo. No obstante ello, la autonomía procesal si que ha tenido relevancia a la hora de aplicar en forma directa y vinculante regulación de carácter internacional, como Tratados Internacionales. Basta señalar respecto de ello, el clásico ejemplo del Código de Bustamante, uno de los únicos cuerpos normativos referidos





al Derecho Internacional Privado en nuestra región, y que Chile ha ratificado con una importante Reserva, la cual no permite su aplicación por sobre o con exclusión de toda norma actual o futura nacional, lo que limita totalmente su observancia en nuestras relaciones jurídicas.

**vii) En *jurisprudencia*, ¿los tribunales de su país han hecho alguna referencia a) a los principios transnacionales de procedimiento; b) a las leyes-modelos; c) a los principios fundamentales y universales del proceso? ¿Constató usted alguna influencia de la flexibilidad y la contractualización de las reglas de procedimiento en el arbitraje ante las jurisdicciones estatales?**

a) La aplicación en Chile de estos principios ha estado limitada por las mismas normas nacionales, las que otorgan importancia a ella sólo en el ámbito del reconocimiento de derechos fundamentales, inherentes a la persona humana. Así, no existe mayor discrepancia de lo ya reseñado en las páginas anteriores, donde dijimos que su aplicación jurisprudencial sólo apuntaba a otorgar sentencias más largas, procurando afianzar fundamentos que no siempre se enmarcan dentro del ámbito legal de carácter nacional. De ese modo, el contenido otorgado por nuestro Constituyente al Art. 19 nº 3 CPR, que para muchos instituye el Derecho al Debido Proceso en nuestras fronteras, se puede integrar fácilmente con el Art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, o el Art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que la aplicación de estos, sólo viene a reafirmar lo ya dicho por el primero. Sí se pueden identificar algunos principios (aunque sin referencia directa a proyecto ALI/UNIDROIT en materia de familia y de la nueva justicia laboral donde existen procesos por audiencias con todas sus ventajas, funcionalmente adecuados en estructura y presupuesto y con tiempos aceptables de respuesta.

b) Por otro lado, las leyes modelos han tenido escasa importancia práctica; quizás sólo enmarcada dentro de la ya nombrada Ley sobre Arbitraje Internacional o en las leyes en



las que han influido, pero es claro el hecho de que una vez transformada en norma de la República, su aplicación se limita al hecho de observar la normativa interna como leyes cuya fuente deriva del Legislador, y no como reconocimientos de los principios que emanan de dichas normas de corte internacional.

- c) Siguiendo con la interrogante, la flexibilidad derivada de las leyes modelos ha visto una recepción en materia de Arbitraje, lo que se ve manifestada en un dominio que tienen las partes, acerca de la normativa aplicable y el procedimiento que reinará sus relaciones jurídicas, incluso excluyendo la típica intromisión de los Tribunales de Justicia para determinar su competencia, la cual ha sido solucionada por la instauración del principio “*kompetenz-kompetenze*”.

- viii) **¿Su derecho nacional del procedimiento es incompatible con ciertos Principios transnacionales de procedimiento civil ALI/Unidroit? Si es sí, ¿con cuáles? ¿Diría usted globalmente que los Principios ALI/Unidroit son más bien compatibles o incompatibles con sus reglas de procedimiento civil? ¿Los principios ALI/Unidroit de procedimiento civil transnacional han influenciado las reformas recientes del procedimiento civil en su país?**

En cuanto a ello, debemos remitirnos principalmente a lo ya reseñado acerca de la Ley sobre Arbitraje Internacional, pues ha sido prácticamente la única norma que ha recogido en su plenitud los principios ALI/UNIDROIT. En lo demás, nuestro legislador ha estado por mantener su normativa, tanto sustantiva como procesal, por ejemplo en lo referido al Código de Comercio o el Código Civil.

### **III. Preguntas suplementarias para los relatores nacionales de Iberoamérica.**

#### **1. En qué medida el ordenamiento procesal civil de su país recoge los principios típicos del Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica, de 1988: a) oralidad ante jueces**



**unipersonales con apelación ante una cámara superior; b) poderes del juez ordenatorios e instructorios; c) intermediación y concentración; d) audiencia preliminar; e) proceso monitorio; f) procesos sociales; g) otras instituciones.**

Como ya hemos señalado en diversas ocasiones, los principios del Código Modelo Procesal Civil no se encuentran recogidos en nuestro actual Código, sin embargo, sus principios han sido puestos de manifiesto en el actual proyecto de Código Procesal Civil de nuestro país, el cual hace suyo diversas instituciones de dicho modelo.

Así, por ejemplo, se reconoce expresamente la Oralidad (Art. 7 PCPC: El proceso se desarrollará en audiencias orales, sin que sea procedente la presentación de escritos dentro de ellas, ya sea de argumentaciones o peticiones al tribunal). Además, se estructura también en base a una doble instancia, reconociéndose el recurso de Apelación en el Art. 334 PCPC, lo que se intenta coordinar con el llamado recurso Extraordinario (Art. 353 PCPC) cuyo objeto es que la Corte Suprema unifique la jurisprudencia con ocasión de una sentencia notoriamente injusta para el recurrente.

Por otro lado, se establece un claro avance en lo que a poderes del Juez se refiere, regulándose dicha circunstancia, en forma expresa, en el Art. 4 PCPC (*Dirección e impulso procesal. La dirección del procedimiento se encuentra confiada al tribunal, quien adoptará de oficio todas las medidas que considere pertinentes para su válido, eficaz y pronto desarrollo, de modo de evitar su paralización y conducirlo sin dilaciones indebidas a la justa solución del conflicto*). Lo que es compatible con el alzamiento de otros principios recogidos por el Proyecto, como lo son el de Intermediación (Art. 8 PCPC), Concentración (Art. 9 PCPC) y Publicidad (Art. 10 PCPC).

Así también, se reconoce la existencia de dos audiencias: Una Preliminar (Art. 252 PCPC) y una de Juicio (Art. 258 PCPC), estableciéndose además la Libertad de Prueba (Art. 302 PCPC), y su valoración mediante las reglas de la Sana Crítica (Art. 266 PCPC: *Valoración de la prueba. Los jueces apreciarán la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. En consecuencia, no*



*podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, salvo texto legal que expresamente contemple una regla de apreciación diversa).*

Además, se establece un Procedimiento Monitorio (Art. 474 PCPC) para recurrir al pago de determinadas deudas cumpliéndose las limitaciones que establece la norma legal y la simplificación de diversos procedimientos especiales, como la Denuncia de Obra Nueva (Art. 495 PCPC), Denuncia de Obra Ruinosa (Art. 499 PCPC) o Las acciones posesorias (Art. 489 PCPC).

**2. En qué medida el ordenamiento procesal de su país recoge los principios típicos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2006: a) legitimación extraordinaria; b) requisitos de la demanda colectiva y representatividad adecuada; c) anticipación de la tutela; d) derechos individuales homogéneos; e) cosa juzgada; f) otras instituciones.**

Su aplicación en Chile es bastante limitada en materia civil (podría decirse hasta nula, en base a un CPC de 1902 con escrituración, sin audiencias, disperso, sin inmediación y con bastante delegación especialmente en la actividad probatoria. Un sistema sin confianza en la primera instancia a tal punto que solo existe un momento de “oralidad” ante las instancias superiores mediante los “alegatos” de los abogados de las partes frente a los ministros de las salas. Ella se ve reflejada en materias específicas como la Ley del Consumidor, donde se recogen instituciones relacionadas con la Legitimación Extraordinaria, pero que en ningún caso corresponden a un seguimiento total de la línea que pretende plantear el Código Modelo. Otro tanto se ve, por ejemplo, en la Ley de Bases del Medio Ambiente, en que también se otorgan posibilidades de una legitimación más amplia, acorde a los intereses supraindividuales que se pretende proteger.

Por otro lado, se ha pretendido instaurar la Institución de la Representatividad Adecuada, la cual, algunos la han visto relacionadas con la legitimación que en materia de Consumidores, tiene el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) o en materia ambiental el



Estado y las Municipalidades, sin embargo, ellos no son claro ejemplos de ella, pues no se trata de un examen en cuanto a sus aptitudes para representar intereses supraindividuales que no sean propios, sino que corresponden más bien a casos específicos de Legitimación extraordinaria expresados por el Legislador.

Sin embargo, más allá de plantear una forma especial de representación, ella no se ve reflejada en modificaciones a los procesos como garantes de la protección de intereses metaindividuales, sino que la regulación prácticamente se queda sólo en el hecho de consagrar ciertos tipos de representación, no regulando en forma adecuada la anticipación de la tutela o la cosa juzgada que deriva de estas resoluciones, las cuales son dejadas al arbitrio de la legislación Común.

No obstante ello, esta legislación común (léase CPC) no regula la institución en comento, por lo que es necesario preguntarnos si el proyecto de Código Procesal Civil nos da luces al respecto. Lamentablemente la respuesta es negativa, ya que sólo nos otorga una norma referente a la representación que ni siquiera se hace cargo que materias sensibles referentes a este especial tipo de interés (***Art. 32. PCPC Representación en caso de intereses difusos y colectivos. En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas o a varias personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente la persona interesada y las instituciones o asociaciones de interés social que establezca la ley respectiva y que sean admitidas por resolución judicial previa para representar el interés difuso o colectivo por garantizar una adecuada defensa de dicho interés comprometido, según el procedimiento que contemple para tal efecto la ley respectiva***).

**3. En qué medida la jurisprudencia de los tribunales de su país recoge los principios de las convenciones y pactos internacionales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de Roma, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc.) y la doctrina de los Tribunales internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte Europea de Derechos Humanos y otros); indicando las**



**principales materias en que se aplica (derechos económicos, sociales y culturales; derechos de la institucionalidad democrática; derecho de incidencia colectiva; etc.).**

Ya hemos señalado en diversas circunstancias la limitación de nuestra jurisprudencia a aplicar normativa internacional en forma directa, sino sólo a modo de reforzar ciertos argumentos. Así, por ejemplo, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado en fallo Rol Nº 968-2007: *“Señalan dichos autores: ‘Otro tema importante en materia de impugnación de las sanciones es la viciosa (y hoy claramente inconstitucional según el Art. 24.1 de la Constitución, que garantiza el ‘derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales’ a ‘todas las personas’ y, por tanto, el libre acceso a los tribunales; artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado en 1997, cuyo valor interpretativo constitucional resulta del Art. 10.2, de la Constitución) práctica impuesta por Leyes y Reglamentos preconstitucionales del solve et repete. Este principio ha venido teniendo dos manifestaciones: la admisión puramente formal del recurso se condicionaba, o bien al pago total de la multa cuya legalidad va a discutirse, o bien al depósito, total o parcial de su cuantía por el recurrente. Es asombroso que una técnica tan tosca, que hace que sólo los ricos puedan recurrir, haya podido subsistir hasta recientemente, pero así ha ocurrido (...) Que, también desde hace algunas décadas, la jurisprudencia europea abordó la constitucionalidad del privilegio que nos ocupa. Desde luego, debe destacarse que mediante sentencia de 24 de marzo de 1961, la Corte Constitucional de Italia declaró la ilegitimidad constitucional de una norma contenida en la ley de 20 de marzo de 1865, por estimar que el principio solve et repete infringía los artículos 3º, 24 y 113 de la Constitución italiana. Las aludidas normas constitucionales consagran, respectivamente, la igualdad ante la ley (artículo 3º), el libre acceso a la justicia y el derecho a la defensa jurídica (artículo 24) y el derecho a recurrir de los actos de la Administración (artículo 113)”*.

Acá vemos un claro ejemplo de un intento por reforzar una argumentación acudiendo incluso a Cortes extranjeras. Como también en Sentencia Rol Nº 1399-2010: *“Que, como lo ha precisado esta Magistratura, ‘la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de*



*sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario”. (Rol Nº 986/2008). En palabras del Tribunal Constitucional español, “no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (STC 128/1987). De esta forma, un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador”. También en Rol Nº 1484-2010: “Que, de acuerdo a lo expuesto por la parte requirente en su libelo, la aplicación del precepto legal impugnado en la gestión pendiente ya individualizada vulneraría los artículos 1º, inciso primero; 5º, inciso segundo; 6º; 7º; 19, Nº 3º, y 83 de la Constitución Política. Además estima transgredida la disposición contenida en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, o “Pacto de San José de Costa Rica”, a la que atribuye rango constitucional (...) Tal responsabilidad exige, sin duda, una interpretación del artículo 186 del Código Procesal Penal que no reduzca exclusivamente al imputado las facultades que en él se contienen. Por el contrario, una interpretación amplia que incluya tanto al imputado como al ofendido por el delito o víctima es la única que permitiría respetar íntegramente el espíritu y la letra del artículo 83 de la Constitución, en relación con sus artículos 19, Nº 3º -que asegura la igualdad en el ejercicio de los derechos-, y 5º, que obliga a todos los órganos del Estado a respetar y promover los derechos asegurados en ella, así como aquellos consagrados en tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes”.*

De hecho la CIDH ha instado en casos como Palamara y Almonacid la reformulación del sistema de justicia militar “en tiempo de paz” , lo que comienza a ser objeto de proyecto de ley y reforma en el año 2010. A inicios de este año se notifica al Estado de Chile una nueva demanda en el llamado “caso Atala” por discriminación de género donde se da especial atención a un medio de impugnación recursivo “cuasi-constitucional” (el recurso extraordinario de queja aplicable a todos los ámbitos de la justicia civil) contra las resoluciones judiciales. Ello por tener finalidad netamente disciplinaria sobre el juez inferior, pero que puede indirectamente obtenerse una revocación de un fallo (función jurisdiccional) por el superior, fundándose en una causal disciplinaria (administrativa interna del Poder Judicial).

Así se reproduce el informe resumido del caso por parte de la CIDH:”

“15. En junio de 2002, la Sra. Atala afirma haber iniciado una relación de pareja con una persona de su mismo sexo y en noviembre de 2002, la pareja de la Sra. Atala se trasladó a vivir con ésta y



*sus hijas. La Sra. Atala aduce que en el proceso de adaptación de las niñas a la nueva situación, su pareja y ella asumieron todo el cuidado y delicadeza necesarios, y siguieron las orientaciones aportadas por una psiquiatra y psicóloga que atendía tanto a la madre como a las niñas. La relación de su pareja con las niñas fue alegadamente muy positiva desde el principio.*

16. *El 30 de enero de 2003, el padre de las menores interpuso una demanda de tuición ante el Juzgado de Menores de Villarrica aduciendo que el descuido y desamparo de la madre a través de su opción sexual distinta alejaba y afectaba a las menores de su normal y verdadero desarrollo, y destacaba el riesgo de las niñas de contraer enfermedades de transmisión sexual como el herpes y el SIDA. Debido al juicio de tuición, se publicaron una serie de artículos sobre el caso en diarios de circulación nacional y sensacionalistas en Chile como La Cuarta y Las Últimas Noticias<sup>[7]</sup>.*

17. *El 2 de mayo de 2003, el Juez Titular de Menores de Villarrica concedió, a solicitud del padre, la tuición provisional de las menores al padre y reguló las visitas a la madre, a pesar de que el juez reconoció expresamente que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre que ameritaran el cambio de la tuición existente. Más adelante, le correspondió dictar la sentencia definitiva a la Jueza Subrogante del Juzgado de Letras de Villarrica. El 29 de octubre de 2003, dicha Jueza rechazó la demanda de tuición al encontrar que:*

*la orientación sexual de la madre no constituye un impedimento para desarrollar una maternidad responsable..... la demandada no presenta ninguna contraindicación desde el punto de vista psicológico para el ejercicio del rol materno .....tampoco se han acreditado la existencia de hechos concretos que perjudiquen el bienestar de las menores derivados de la presencia de la pareja de la madre en el hogar .....analizada la prueba rendida no se encuentran antecedentes para estimar la existencia de malos ejemplos o peligros para la moralidad de las menores .....se concluye que las menores no han sido objeto de ninguna discriminación a la fecha y lo que los testigos y parientes de la parte demandante manifiestan es un temor a una posible discriminación futura. Con*





*respecto a este punto es conveniente señalar que este tribunal debe fundar su resolución en hechos ciertos y probados en la causa y no en meras suposiciones o temores....* <sup>[8]</sup>.

18. *En consecuencia, el Tribunal ordenó la entrega de las niñas a la madre el 18 de diciembre de 2003. Sin embargo, en el ínterin, el 11 de noviembre de 2003, el padre de las menores interpuso un recurso de apelación en contra de la sentencia y una solicitud provisional de no innovar, argumentando que el cumplimiento de la sentencia implicaría un cambio radical y violento del status quo actual de las menores. El 24 de noviembre de 2003 la Corte de Apelaciones concedió la orden de no innovar. El 30 de marzo de 2004, la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó por unanimidad la sentencia apelada, compartiendo las consideraciones de la jueza de primera instancia.*

19. *El 5 de abril de 2004, el padre de las menores presentó ante la Corte Suprema un recurso de queja en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco. El recurrente argumentó que a través de la sentencia de apelación los jueces recurridos habían cometido una falta y un abuso grave y notorio. El padre de las hijas específicamente alegó que la decisión adoptada por la madre de hacer pública su orientación sexual provocaba daños en el desarrollo integral y psíquico y en el ambiente social de las niñas, y por tanto, solicitó que se mantuviera provisionalmente a las niñas bajo su cuidado. Dicha solicitud fue acogida por la Corte al dictar una orden de no innovar el 7 de abril de 2004.*

20. *El 31 de mayo de 2004, la Cuarta Sala de la Corte Suprema, en un fallo dividido de tres votos contra dos, acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre. Los peticionarios aducen que la sentencia de la Corte Suprema establece que la Sra. Karen Atala antepuso sus intereses a los de sus hijas al tomar la decisión de manifestar su orientación sexual e iniciar una convivencia con una pareja del mismo sexo, y consideró en el fallo testimonios que indicaban que las niñas podían desarrollar confusión sobre sus roles sexuales y ser discriminadas socialmente en el futuro. Los peticionarios señalan que la sentencia de la Corte aduce:*

*Que en el juicio de tuición de las menores López Atala se hizo valer la opinión de diferentes psicólogos y asistentes sociales acerca de que la condición homosexual de la*



*madre no vulneraría los derechos de sus hijas, ni la privaría de ejercer sus derechos de madre, pues se trata de una persona normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico. En cambio, se ha prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición provisoria, que se han tenido a la vista, respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro. Por su parte, el testimonio de las personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja<sup>[9]</sup>.*

*Que, aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas<sup>[10]</sup>.*

21. *La Corte consideró que las niñas se encontraban en una “situación de riesgo” que las ubicaba en un “estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”<sup>[11]</sup>. Aduce que los dos jueces de la minoría de la Sala de la Corte Suprema establecieron en contraste que: “los dictámenes que obran en los autos agregados, tanto los sicólogos como las asistentes sociales, infieren que la homosexualidad de la madre no vulnera los derechos de las niñas”<sup>[12]</sup>.*



22. *En relación al debido proceso, los peticionarios alegan que la Corte Suprema, utilizando el recurso de queja, un recurso exclusivamente disciplinario destinado a corregir las faltas o abusos graves cometidos en el dictamen de una resolución judicial, lo aplicó erróneamente para resolver cuestiones de hecho y de derecho planteadas en el juicio. Por tanto, terminó abriendo una tercera instancia que no existe en el sistema procesal chileno. Los peticionarios asimismo resaltan que el recurso de queja comporta sanciones administrativas para los jueces, lo cual afecta su independencia interna”.*