

PROCEDIMIENTO CIVIL COMPARADO: LOS ESTADOS UNIDOS, CHILE Y SUDAMÉRICA *

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los códigos de Sudamérica*. 1. *En general*. 2. *Venezuela*. 3. *Argentina*. 4. *Colombia*. 5. *Perú*. III. *Fundamento constitucional del Poder Judicial*. IV. *La función judicial*. 1. *En general*. 2. *Adversarial vs. inquisitivo*. V. *Juzgados de primera instancia*. 1. *Competencia*. 2. *Alegaciones*. 3. *Procesos cautelares*. 4. *Acumulación de causas y de partes*. 5. *Incidentes preliminares*. 6. *Descubrimiento de pruebas (discovery)*. 7. *Proceso del término probatorio*. 8. *Reglas de prueba*. 9. *Sentencia*. 10. *Poder de reparación*. VI. *Recursos de apelación*. 1. *La doctrina de los precedentes judiciales*. 2. *Normas generales de apelación*. 3. *Apelación*. 4. *Recurso de queja*. 5. *Casación*. 6. *Revisión constitucional*. 7. *Recurso de protección*. 8. *Razonamiento jurídico*. VII. *Procesos alternativos*. 1. *Juicios de cuantía mínima*. 2. *Conciliación*. 3. *Arbitraje*. VIII. *Medidas para evitar atrasos*. IX. *Conclusiones*

I. INTRODUCCIÓN

¿Por qué quisiera uno examinar los procedimientos civiles de Sudamérica y ponerlos en contraste con aquellos de los Estados Unidos?¹ Una respuesta podría ser el valor práctico para abogados en ambos continen-

¹ Véase, en general, Rheinstein, "Comparative Law — Its Functions, Methods and Usages", 22 *Ark. L. Rev.*, 415 (1968).

* Richard B. Cappalli es profesor de la Facultad de Derecho de Temple University. Él enseñó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Puerto Rico desde 1967 hasta 1976. Bastante del texto e investigación para esta obra se hizo en Santiago de Chile, en donde el autor fue un catedrático Fulbright-Hays en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en la segunda mitad de 1988. Él notó que los profesores de derecho en Chile como en Europa son abogados de tiempo completo o jueces quienes dan cátedra por honorarios mínimos y máximo prestigio y honor. Como consecuencia, sus muchas visitas a los tribunales y sus conversaciones acerca de la ley y procesos chilenos con los siguientes profesores-abogados fueron intensamente prácticos e informativos. Él da gracias al decano y profesor Juan Colombo Colón, director y profesor Roberto Nahum Anuch, ministros y profesores Enrique Paillas Peña, Ricardo Gálvez Blanco y Hernán Cereceda Bravo, juez y profesor Nancy de la Fuente Hernández, ministro Carlos Pereira Castro, juez Irma Meurer Montalvo, profesores y abogados José Bernales Pereira, Ana María García Barzelatto, Mario Mosquera Ruiz, Enrique Barros, Edmondo Pottstock y Claudio Díaz Uribe, y abogados Mariano Fernández Méndez, María Alicia Molina de Pottstock y Carlos Álvarez Urquidí. El autor condujo un seminario en procedimiento comparado en el que fue pacientemente instruido en la ley y práctica chilenas, especialmente por los estudian-

tes.² El volumen de comercio entre los Estados Unidos y las Repúblicas de Sudamérica es considerable. En 1986 las exportaciones de los Estados Unidos a diez países de Sudamérica ascendieron a 11,8 billones de dólares,³ mientras que las importaciones se evaluaron en 19,8 billones de dólares.⁴ Estas sumas representan miles de transacciones legales con las respectivas complejidades y disputas. El comercio genera un mercado subsidiario de abogacía, en el cual litigios y arbitrajes entre partes de distintos países resuelven las diferencias que resisten los arreglos negociados. Un estudio comparativo puede contribuir a las conversaciones entre los abogados de ambos hemisferios envueltos en estos casos. A un abogado sudamericano le sería difícil entender el procedimiento civil en un tribunal en los Estados Unidos, sea estatal o federal. Lo mismo aplicará a su complemento norteamericano cuando están en juego los intereses de su cliente en el hemisferio austral. Esta obra puede ser de ayuda práctica para ellos.

Otra razón es la de contribuir a los estudios del derecho comparado. Los dos sectores se pueden aprovechar de ideas en cuanto a litigios civiles extraídos de otros países y culturas. Los estudios de derecho comparado norteamericano, por lo general, ha ignorado el tema del procedimiento civil.

En verdad, si nosotros fuéramos a sustraer las obras de Cappelletti de Stanford, Langbein de Chicago y Von Mehren de Harvard, y el capítulo magnífico de Schlesinger,⁵ nos quedaríamos con muy poca literatura de lengua inglesa que compare los procedimientos civiles de distintos países o continentes. Adicionalmente, muchos tratadistas del derecho compara-

tes Patricio Durán Sottolichio, Luis Villarroel y Alvaro Araya Ibáñez. Él aprecia de la honorable Jenny Book Reyes, una juez de letras chilena y visitante Fulbright-Hays en Filadelfia, quien ofreció perspectivas comparativas acerca de los códigos de procedimiento de Argentina y Colombia. El autor da gracias al estudiante Jesse Halvorsen por su ayuda con las notas y a la Universidad de Temple por una beca de investigación.

La traducción inicial al español fue principalmente labor de Mauricio Gómez Lacayo, de Nicaragua y estudiante de derecho en la facultad de Temple. Sus colegas, Lisa Gonzales-White y Kara Ramos, hicieron contribuciones valiosas también. El autor da gracias afectuosas a los tres.

² Véase Schlesinger, R., *Comparative Law* 270 (3a. ed., 1970) [de aquí en adelante citado como Schlesinger].

³ Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

⁴ Derivado de J. W. Wilkie (ed.), *Statistical Abstract of Latin America*, vol. 26, tabla 2634, p. 605 (1988).

⁵ Schlesinger, R. B. *et al.*, *Comparative Law*, 337-497 (5a. ed., 1988) [de aquí en adelante citado como Schlesinger V].

do en los Estados Unidos son monolingües, y como tales, están limitados al mundo de habla inglesa. Además, los estudios comparativos en los Estados Unidos han descuidado totalmente a Sudamérica,⁶ enfocándose por décadas casi exclusivamente en Europa y ahora en Japón y China. Finalmente, casi todos los comparativistas están inclinados al derecho sustantivo, y se dedican principalmente a estudiar doctrinas sustantivas particulares. Consecuentemente, espero que este rincón del mundo académico sea enriquecido por este análisis del procedimiento civil del Norte y del Sur.

Como ya pueden sospechar, detrás de estas realizaciones *post hoc*, hay una verdadera razón para este estudio: un acontecimiento. Como un afortunado y agradecido beneficiario de una beca Fulbright-Hayes, el autor enseñó procedimiento civil comparado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile en 1988, estudió el sistema judicial en tal país, y se volvió fascinado con los códigos de procedimiento de Sudamérica. Pues la oportunidad simplemente surgió, y esta obra es descendiente de esa buena fortuna.

De nuestro examen microscópico de los códigos de procedimiento de cinco países surge una importante generalización: las Repúblicas sudamericanas no han sido renuentes a adoptar instituciones de procedimiento, mecanismos y doctrinas con orígenes del *common law*. Nuestros descubrimientos son paralelos a esos del profesor Schlesinger que ha notado tales adaptaciones importantes en el derecho público de Sudamérica y hasta algunos impactos en el cuerpo del derecho privado.⁷ Nuestro texto reporta docenas de similitudes.⁸ Nada de lo que hemos encontrado es tan notable como la reciente institución de juicio por jurado en la Unión Soviética en casos de crímenes serios⁹ o la reforma masiva del procedimiento penal de Italia basada en el modelo de los Estados

⁶ Esto es parte de un largo y continuo desinterés en Sudamérica por parte de Europa y Norteamérica, por lo menos con respecto a asuntos académicos. Véase Gunther, J., *Inside South America*, xii-xiii (1966).

⁷ Schlesinger V, *supra* nota 5, p. 316.

⁸ En una obra de este alcance es imposible delinear los orígenes de las prácticas sudamericanas que son comparables a las nuestras. Muchas pudieron haber sido inspiradas por reformas europeas. Véase Vescovi, "Iberian Peninsula and Latin America", en Cappelletti, M. (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law: Civil Procedure*, vol. XVI, cap. 6, § 395, p. 223 (1984) ("[E]l código italiano de 1940... está usado como un modelo por los códigos modernos de nuestra área") (traducción del inglés) [de aquí en adelante citado como Vescovi]. Podremos, por lo tanto, estar exagerando la influencia del Norte en Sudamérica. Las rutas precisas de innovaciones de procedimiento no son tan importantes como el hecho del intercambio legal.

⁹ Véase Philadelphia Inquirer, noviembre 14, 1989, p. 7-A, cols. 2-6.

Unidos.¹⁰ Aún, en pequeñas e innumerables maneras, los valores del intercambio legal internacional y de los estudios de la legislación comparada son reflejados en los códigos distantes que hemos estudiado. Recordando que los países latinoamericanos tienen una profunda y larga tradición de derecho civil,¹¹ y notando que el aislamiento, el parroquialismo y el egoísmo son barreras poderosas para un sistema transistémico de adopciones en el sector legal, comercial u otros, los comparativistas deben ser alentados para encontrar esos ejemplos de incorporación de normas de otro sistema legal. Tal vez el pragmatismo de los abogados es universal. Nosotros recordamos las palabras de una corte de "sistema mixto": "Nada nos impide a adoptar puntos de vista, reglas o razonamientos del *common law*, o de cualquier otra, cuando en nuestra opinión tales son racionales, justos y convenientes".¹²

Mientras Chile, Perú, Argentina, Venezuela y Colombia todavía no han alcanzado "lo mejor de todos los mundos", se están moviendo definitivamente en esa dirección. Respetuosamente sugerimos la próxima etapa: entender y subsanar la brecha que existe entre la concepción teórica del procedimiento y el funcionamiento verdadero de las cortes a través de estudios empíricos y reformas administrativas en las cortes. En los Estados Unidos hemos aprendido bastante acerca de la resolución de litigios por parte de los jueces y sobre los defectos existentes en sistemas judiciales.¹³ En Chile encontramos, en gran parte, un procedimiento moderno y avanzado en teoría, pero en la práctica los trámites son polvosos y arcaicos. Al igual que en los Estados Unidos, se necesita mucho más para reducir el trecho entre la teoría y la realidad.

II. LOS CÓDIGOS DE SUDAMÉRICA

1. *En general*

Hemos encontrado una notable semejanza entre los procedimientos civiles de las mayores Repúblicas de habla hispana en Sudamérica:

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

¹¹ Véase Schlesinger V, *supra* nota 5, p. 315.

¹² Puerto Rico vs. Maldonado, 100 P.R.R. 935, 938 (1972) (traducción del inglés).

¹³ Véanse autoridades citadas en la nota 595, *infra*.

Chile;¹⁴ Venezuela;¹⁵ Argentina;¹⁶ Colombia;¹⁷ y Perú.¹⁸ Aunque este trabajo se enfoca a la legislación de Chile, en donde nosotros estudiamos profundamente el sistema judicial durante la segunda mitad de 1988, las similitudes con los códigos de los demás países mencionados nos permiten generalizar, en muchos casos, nuestra experiencia. Trazar la historia de estos códigos estuvo más allá del tiempo y recursos disponibles; pero leyéndolos, pronto nos dimos cuenta que una búsqueda histórica estaría de sobra. Los paralelos son tan impresionantes, que es inmediatamente obvio que los redactores de estos códigos han adoptado instituciones vigentes en los otros países, así como también de la Madre Patria.¹⁹ Uno encuentra, desde luego, las diferencias en el afiligranado: vocabulario propio de cada lugar; variaciones en los periodos de tiempo; niveles diferentes de especificaciones y cláusulas menores únicas.

Es natural concluir, por lo tanto, que el abogado o erudito comparativista que se familiarice con uno de estos procesos civiles de Sudamérica, simultáneamente se familiarizará con la esencia de todos éstos. Con esta misma manera de pensar, hemos nombrado nuestro trabajo "Procedimiento civil sudamericano" a pesar del hecho que la mayoría de referencias comparadas son hacia los códigos y costumbres chilenas.

Hemos hecho un cuadro de 37 áreas específicas de procedimiento, con el propósito de comparar los códigos de Sudamérica.²⁰ En las referencias

¹⁴ República de Chile, *Código de Procedimiento Civil*, decreto núm. 306, 13 de marzo de 1987 (Editorial Jurídica de Chile, 1987) [de aquí en adelante citado como *Código de Procedimiento Civil*]; República de Chile, *Código Orgánico de Tribunales*, decreto núm. 1,077, 25 de noviembre de 1985 (Editorial Jurídica de Chile, 1985) [de aquí en adelante citado como *Código Judicial*].

¹⁵ 1985 *Código de Procedimiento Civil de Venezuela* (2a. ed., Ed. Centauro, 1986) [de aquí en adelante citado como *Código venezolano*].

¹⁶ *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, ley 22,434 (Editor AZ, 6a. ed., 1988) [de aquí en adelante citado como *Código argentino*].

¹⁷ *Código de Procedimiento Civil de Colombia*, ley 4 de 1969 (Ed. Crítica Jurídica, 1969) [de aquí en adelante citado como *Código colombiano*].

¹⁸ *Códigos de Procedimientos Civiles de Perú* (Ed. Juris, 1975) [de aquí en adelante citado como *Código peruano*].

¹⁹ Véase, en general, Vescovi, *supra* nota 8, pp. 211 y 212. Murray, "A Survey of Civil Procedure in Spain and Some Comparisons with Civil Procedure in the United States", 37, *Tulane L. Rev.*, 399 (1963) [de aquí en adelante citado como *Procedimiento Civil en España*].

²⁰ Alegaciones, citación, defensas preliminares, reheldía, reconvencción, tercería, solicitudes de trámites, toma de pruebas, la autoridad del juez de tomar pruebas, juramento de las partes, instrumentos de prueba, confesión judicial, exhibición de documentos, expertos, exhibición judicial, testimonio oral, competencia de testigos, tachas, evaluación de prueba, carga de la prueba, medidas precautorias, jurisdicción sobre la materia, competencia geográfica de los tribunales, acumulación de quejas, panel judicial, ayuda legal, litigación en mala fe, expediente del caso, forma de la

a fuentes de información a lo largo de esta obra señalamos las diferencias significativas entre los procedimientos de Chile y los de Venezuela, Argentina, Colombia y Perú. En los siguientes párrafos destacaremos las más significantes.

Sin saber portugués, no pudimos estudiar los códigos de Brasil. Afortunadamente, el reportaje meticuloso del profesor Rosenn acerca del procedimiento civil del Brasil llena este vacío.²¹ Nuestro trabajo, junto con el trabajo de Rosenn y la contribución del profesor Vescovi a la *Enciclopedia Internacional de Derecho Comparado*²² nos ofrece material fresco y rico cubriendo virtualmente el continente entero.

El sujeto de nuestro estudio es el proceso civil regular; aunque reconocemos la gran importancia de actuaciones especiales, particularmente actuaciones de sentencia sumaria,²³ las que no pudimos incluir en esta obra. Por el contrario, sí abarcamos algunos procesos de apelación únicos de Chile, los recursos de "queja"²⁴ y "protección",²⁵ por su impacto extraordinario en el sistema de apelación chileno. Estos recursos no existen en ninguna otra parte de Sudamérica; así, encontramos que el recurso de "queja" es un proceso propio de Chile, que está creciendo fuera de control y que está reemplazando al proceso de apelación normal.

2. Venezuela

Las diferencias entre el proceso civil chileno y el venezolano que más impresionó al autor son las siguientes. Primero, los litigantes en Venezuela no están atados a un tribunal unipersonal como en Chile. Ellos pueden expandir la banca, después de que el caso ha sido preparado para decisión, añadiendo un abogado de su propia selección.²⁶ Esto probablemente facilita a cada parte a tener un defensor dentro del proceso

sentencia, conciliación, desistimiento voluntario, costas, casación, apelación, ejecución de sentencias, arbitrajes, procesos especiales de apelación.

²¹ Rosenn, "Civil Procedure in Brazil", 34, *Am. J. Comp. Law*, 487 (1986) [de aquí en adelante citado como Rosenn].

²² Véase Vescovi, *supra* nota 8.

²³ Véase Código de Procedimiento Civil, arts. 434-529 (*juicio ejecutivo*); Código venezolano, arts. 630-689 (lo mismo); Código argentino, arts. 520-594 (lo mismo); Código colombiano, arts. 488-568 (*proceso ejecutivo singular*). Véase, en general, Vescovi, *supra* nota 8, p. 217.

Casi el 60% de todos los asuntos civiles contenciosos en los juzgados chilenos son casos de cobro sumario. Véase Merryman, J.; Clark, D. y Friedman, L., *Law and Social Change in Mediterranean Europe and Latin America*, 95, 102 (1979).

²⁴ Véase el texto que acompaña a las notas 442-460, *infra*.

²⁵ Véase el texto que acompaña a las notas 505-525, *infra*.

²⁶ Véase Código venezolano, arts. 118-124.

durante la etapa decisiva. Uno reconoce la sabiduría de esta proposición, cuando aprende que el proceso unipersonal de decisión, en un sistema de derecho civil como el de Chile, sitúa en el juez la muy difícil carga de establecer los hechos. El juez está poco familiarizado con los casos hasta que su escribano pronuncia el legajo, un grupo de declaraciones de testigos tomados por el receptor y puestos en forma de sumario para anotación, además de alegatos y documentos. Posiblemente, el juez chileno, que tiene sobrecarga de trabajo, para cumplir con los plazos para dictar sus decisiones en docenas de casos en su judicatura, estaría agradecido por la ayuda de las partes en la revisión del caso, que la práctica venezolana permite.

Otro aspecto importante en el cual Venezuela se diferencia de Chile, es el de permitir recusaciones preliminares de la suficiencia legal de los reclamos de los demandantes.²⁷ A diferencia de Chile, Venezuela posee un procedimiento similar al de la solicitud preliminar de desestimación contenida en el U.S. "12 (b) (6)",²⁸ la cual permite a las partes evitar costosos procedimientos en casos sin fundamento legal. Esto constituye el mecanismo principal para introducir nuevas teorías legales de reclamo y defensa en el sistema legal.

La tercera distinción importante entre Chile y Venezuela es que Venezuela, al igual que Perú, permite a los abogados interrogar y contra-interrogar a los testigos en el estilo del *common law*, mientras Chile y Argentina siguen de cerca la práctica de la ley civil según la cual el juez formula las preguntas presentadas con adelanto por los abogados.²⁹ En Colombia, se deja que todas las partes cuestionen a los testigos libremente después que el juez lo ha interrogado.³⁰

La última distinción importante es que Venezuela acepta la jurisprudencia como una fuente relevante y hasta obligatoria del derecho.³¹ En cambio, los precedentes judiciales en Chile tienen poco o ningún valor como fuente de la ley.³²

²⁷ Véase Código venezolano, art. 346 (11). Véase también Rosenn, *supra* nota 21, pp. 493-494.

²⁸ Fed. R. Civ. P. 12 (b) (6).

²⁹ Comparar el Código venezolano, art. 485, y el Código peruano, art. 474, con el Código chileno de Procedimiento Civil, art. 365, y el Código argentino, art. 442.

³⁰ Véase el Código colombiano, art. 228.4.

³¹ Véase el Código venezolano, art. 321.

³² Véase el texto que acompaña las notas 364-384, *infra*.

3. *Argentina*

La principal diferencia que encontramos entre Chile y Argentina es que la última posee un sistema federal de gobierno que genera un sistema de justicia dual, provincial y nacional. Existen extraordinarias similitudes entre la estructura judicial de Argentina y el sistema federal de los Estados Unidos, debido a que Argentina libremente adoptó muchas disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos cuando dictó su propia Constitución en 1853.³³ En Argentina, así como en nuestro país, un Poder Judicial separado aplica las leyes nacionales en los dos niveles del juicio; el de primera instancia o instrucción y el de apelación.³⁴ La jurisdicción sobre la materia es similar a la nuestra: cuestiones que tratan de asuntos de alcance nacional como la Constitución, ministerios, funcionarios públicos, legislaciones y tratados internacionales, así como asuntos que involucran a Estados, funcionarios y a ciudadanos extranjeros. Las cortes federales de Argentina incluso tienen jurisdicción en diferendos entre residentes de provincias distintas, que equivale a nuestro Poder Judicial nacional sobre controversias entre ciudadanos de diversos estados. Como en los Estados Unidos,³⁵ el derecho local (provincial en Argentina) proporciona las reglas sustantivas en tales asuntos.³⁶ Otras similitudes importantes son la naturaleza inexpandible de la jurisdicción federal,³⁷ el traslado de la jurisdicción del tribunal estatal a la federal,³⁸ y la apelación de asuntos federales envueltos en las resoluciones de los tribunales superiores provinciales ante la Corte Suprema de Argentina.³⁹

³³ Véase Karst, K. L. y Rosenn, K. S., *Law and Development in Latin America: A Casebook*, 43 (1975) [de aquí en adelante citado como Karst]. Argentina ignoró el dictamen de Simón Bolívar: "Entre los sistemas de gobierno populares y representativos, yo no apruebo del sistema federal: es demasiado perfecto; y requiere virtudes y talentos políticos superiores a los nuestros". Simón Bolívar, Carta desde Jamaica (1815) (traducción del inglés).

³⁴ Véase, en general, ley 27, 13 de octubre de 1862, reproducida en el Código argentino, p. 243; ley 48, 25 de agosto de 1862, reproducida en el Código argentino, pp. 244-248; decreto-ley 1285/58, 4 de febrero de 1958, reproducido en el Código argentino, pp. 267-280.

³⁵ 28 U. S. C., § 1652 (1987); *Erie R. R. Co. vs. Tompkins*, 304 U. S. 64 (1938).

³⁶ Ley 27, 13 de octubre de 1862, art. 4, reproducida en el Código argentino, p. 243; ley 48, 25 de agosto de 1862, art. 2(2), reproducida en el Código argentino, p. 244.

³⁷ Comparar el Código argentino, art. 1, con Wright, C., *Law of Federal Courts*, 23 (4a. ed., 1983) (las partes no pueden extender jurisdicción a través de renuncia de objeción, acuerdo u otra manera).

³⁸ Comparar el Código argentino, art. 354 (1) con 28 U. S. C., § 1441 (1987).

³⁹ Comparar el Código argentino, arts. 256-258, y ley 48, 25 de agosto de 1862, art. 14, reproducido en *id.*, p. 247, con 28 U. S. C., § 1257 (1982).

Otra distinción significativa entre el procedimiento chileno y el argentino es que el primero considera como testigo incompetente a toda persona, incluyendo a las partes, que tengan un interés directo o indirecto en el litigio.⁴⁰ Argentina, en cambio, se ha movido hacia la posición de los Estados Unidos haciendo del interés un motivo de impugnación y no uno de exclusión del testigo.⁴¹

La última comparación importante entre Chile y Argentina, es en el sistema de apelación relativamente simple en la Argentina, que contrasta con la duplicación y multiplicación del proceso de apelación chileno.⁴²

Argentina funciona con un solo proceso de apelación, el cual incluye cuestiones de hecho, cuestiones de derecho, y la posibilidad de determinar nuevos hechos en la instancia de apelación.⁴³

4. Colombia

La comparación más interesante entre Chile y Colombia tiene que ver con la zambullida de Colombia en 1970 hacia el activismo judicial. Ese año trajo enmiendas masivas al Código colombiano de Procedimiento Civil, dirigidas a darle energía a los jueces para buscar la verdad en litigios civiles, antes que pasivamente arbitrar las batallas entre las partes.⁴⁴

Colombia, entonces, se unió a los países de derecho civil, con Alemania como líder,⁴⁵ que dirigen a los jueces a lograr justicia a pesar de los deseos, habilidades o recursos de las partes, en contrario a una jurisdicción *laissez faire* como la de Italia, donde el control de los litigantes predomina.⁴⁶ Chile permanece en este último sistema aun después de

⁴⁰ Véase el texto que acompaña a las notas 304-309, *infra*.

⁴¹ Comparar Fed. R. Evid. 601 con el Código argentino, art. 456. Argentina considera incompetentes como testigos a quienes son parientes directos y cónyuge de las partes, pero les permite autenticar firmas. Código argentino, art. 247.

⁴² Véase texto, *infra*, sección V.

⁴³ Véase Código argentino, arts. 242-287. Véase también Código peruano, arts. 1090-1121. Argentina tiene un proceso especial cuando una sentencia viola la doctrina legal establecida. Véase el texto que acompaña a las notas 383-384, *infra*.

⁴⁴ Véase, en general, Devis Echandía, "El moderno proceso civil y el nuevo Código de Procedimiento Civil", en el Código colombiano, comentarios. Las enmiendas están vigentes desde el 19 de enero de 1971. Véase el Código colombiano, art. 699. Hay motivo para creer que las costumbres derrotarán a los esfuerzos que llevaron a cabo la reforma. Véase Vescovi, *supra* nota 8, pp. 213-215; Rosenn, *supra* nota 21, pp. 488-489.

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

⁴⁶ Mientras que los jueces italianos técnicamente tienen poderes amplios de buscar los hechos verdaderos, véase Sereni, "Basic Features of Civil Procedure in Italy", 1, *Am. J. Comp. L.*, 373, 382 (1952), ellos suelen permitir a las partes controlar el rum-

numerosas enmiendas en 1988 al procedimiento, dirigidas a combatir retrasos y acumulaciones de casos civiles.⁴⁷

La definición de los deberes judiciales en Colombia incluye ahora el "dirigir litigios, asegurar su rápida resolución, adoptar los medios necesarios para evitar parálisis, maximizando la eficiencia de procedimiento, y asumiendo responsabilidad por todos los retrasos".⁴⁸ Adicionalmente, los jueces colombianos han de mantener la igualdad procesal entre las partes, usando sus poderes directivos.⁴⁹ Aunque la actividad judicial para buscar la verdad objetiva está en pleno desarrollo en los Estados Unidos⁵⁰ y Europa,⁵¹ no existe aún en otro lugar un mandato comparable a los jueces para intervenir activamente en nombre de las partes débilmente representadas.

Está más allá de nuestro enfoque detallar todos los elementos de la reforma colombiana, aunque amerita la atención debida de procesalistas.

Las modificaciones en Colombia, en general, buscan llevar a cabo cuatro objetivos fundamentales:

El primero es la supervisión judicial para obtener justicia sustancial. Para conseguir este fin, numerosos poderes son otorgados al juez de instrucción o primera instancia, incluyendo la facultad para llamar e interrogar testigos⁵² y poner a las partes bajo juramento e interrogarlas.⁵³ En segundo lugar, el objetivo es el de impulsar el proceso; esto es, tramitar los casos sin tardanzas evitables. El Código colombiano ahora impone en la judicatura la responsabilidad de propulsar casos y aun hace a los jueces personalmente responsables por las tardanzas causadas por su negligencia.⁵⁴ En tercer lugar está la meta de eficiencia del procedimiento, llevada a cabo por numerosas facultades judiciales nuevas, como la de considerar los incumplimientos de las partes como admisiones⁵⁵ y la facultad de rechazar hechos redundantes e inmatrimoniales.⁵⁶ En cuarto lugar está la meta de buena fe y la rectitud en asuntos de

bo y la estrategia del litigio. Véase Cappelletti, M.; Merryman, J. y Perillo, J., *The Italian Legal System*, 144-147, 322 n. 22, 328 n. 29 (1967).

⁴⁷ Véase el texto que acompaña a las notas 596-599, *infra*.

⁴⁸ Código colombiano, art. 37 (1).

⁴⁹ Código colombiano, art. 37 (2).

⁵⁰ Véanse las autoridades citadas en la nota 61, *infra*.

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

⁵² Código colombiano, arts. 179, 224, 228 (4).

⁵³ *Idem*, arts. 202, 207 (2), 208 (2) (6).

⁵⁴ *Idem*, art. 2.

⁵⁵ *Idem*, art. 95.

⁵⁶ *Idem*, art. 178.

procedimiento. Para llevar a cabo esto, los jueces colombianos tienen el deber de "prevenir, remediar y sancionar (usando medidas autorizadas por el Código) cualquier acción que vaya en contra de la dignidad de la justicia, y la rectitud de procedimiento, la honestidad y buena fe (al igual que todos los intentos para detener fraude de procedimiento)".⁵⁷ Deberes concomitantes son impuestos a las partes litigantes y a sus representantes.⁵⁸ Un importante artículo nuevo del Código define la temeridad y la mala fe sujetas a sanción de la siguiente manera:

1. Cuando la ausencia de una base legal para el reclamo, excepción, apelación u oposición es manifestada.
2. Cuando hechos conocidos a ser lo contrario de la realidad son alegados.
3. Cuando procesos, mociones o apelaciones son usados claramente para fines ilegales o para propósitos fraudulentos.
4. Cuando uno obstruye la entrega y ejecución de los hechos.
5. Cuando a través de cualquiera otros medios una persona repetidamente retrasa el curso normal de los procedimientos.⁵⁹

Este artículo del Código es altamente recordatorio de la reforma estadounidense de la regla federal 11 en 1983, dirigida a promover la honestidad en la práctica de casos en los tribunales federales.⁶⁰ Verdaderamente, los esfuerzos colombianos impresionantemente presagiaron las reformas de procedimiento a nivel federal en los Estados Unidos durante la década de los ochenta, dirigidas casi exclusivamente a la mejora de la rapidez y eficiencia de los litigios.⁶¹

⁵⁷ *Idem*, art. 37 (3). Costas y multas son las sanciones principales. Véase, *por ejemplo*, *idem*, art. 71.

⁵⁸ *Idem*, art. 71.

⁵⁹ *Idem*, art. 74.

⁶⁰ Véase *Federal Rules of Civil Procedure: 1989*, pp. 341-345 (Foundation Press, 1989).

⁶¹ Véase *idem*, pp. 341-345 (Fed. R. Civ. P. 11; buena fe en alegaciones y mociones); *idem*, pp. 345-354 (Fed. R. Civ. P. 16; fortalecer las conferencias antes del juicio entre las partes y el juez como una herramienta administrativa); *idem*, pp. 354-358 (Fed. R. Civ. P. 26; buena fe en la etapa de descubrimiento y fortalecer el control judicial de ésta); *idem*, pp. 375-376 (Fed. R. Civ. P. 52; revisar los hechos determinados por los jueces de primera instancia, basados en evidencia documentaria). Véase, en general, *In re San Juan Dupont Plaza Hotel Fire Litigation*, 859 F.2d 1007, 1010-12 (1er Cir., 1988); Resnik, "Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline", 53, *U. Chil. L. Rev.*, 494, 525-539 (1986).

5. Perú

El Perú tiene un Código de Procedimiento Civil que, en expresión y sustancia, es virtualmente idéntico al de Chile. Aun sin conocer la evolución histórica de estos códigos, por la evidencia intrínseca, podemos deducir que los autores chilenos y peruanos han compartido generosamente su trabajo. Sin embargo, el Código peruano tiene una característica deleitante, de la que no sé que exista en ninguna otra parte de Sudamérica: cada artículo del Código está compuesto de una oración simple, usualmente corta. ¡Qué delicia es la sencillez de expresión! Al leerlo uno recuerda la elegante brevedad de la expresión original de las Reglas Federales de Procedimiento Civil en los Estados Unidos, irrecuperablemente perdida después de cinco décadas de enmiendas técnicas. El código peruano, incluso, tiene un apéndice de formularios, muy similar al apéndice de las Reglas Federales.⁶² Uno podría adivinar que la semilla de esta idea germinó en uno de los programas de LL. M. de los Estados Unidos, aunque la idea suena chauvinista.

III. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PODER JUDICIAL

Como es típico de las Constituciones modernas del occidente,⁶³ la Constitución Política de la República de Chile de 1980⁶⁴ establece una forma tripartidaria del gobierno y sujeta a cada rama a la fuerza superior de normas constitucionales y de las leyes. La Constitución chilena ordena a todas las entidades estatales que obedezcan la ley⁶⁵ y especifica que ninguna persona o grupo puede reclamar ninguna otra autoridad o derecho distinto de los conferidos expresamente por la Constitución y las leyes.⁶⁶

⁶² "Manual de Demandas Civiles", en el Código peruano, pp. 270-297.

⁶³ Constitución, art. 46 (5) (Fr.) *traducido en* Blaustein, A. y Flanz, G. (eds.), *Constitutions of the Countries of the World* (junio de 1988); Costituzione, art. 1 (2) (Italia), en *idem* (marzo de 1987); Constitución, art. 9 (1) (España), en *idem* (octubre de 1979); Grundgesetz, art. 20 (3) (Alemania Occidental), en *idem* (diciembre de 1985).

⁶⁴ Constitución Política de la República de Chile, 21 de octubre de 1980 (Editorial Cumbres Ltda.) [de aquí en adelante citada como Constitución chilena].

⁶⁵ *Idem*, art. 6, párr. 1.

⁶⁶ *Idem*, art. 7, párr. 2. Esto es consistente con la insistencia de la ley civil en que todos los derechos son de origen legislativo. Véase Merryman, J., *The Civil Law Tradition*, 40-49 (1967) [de aquí en adelante citado como Merryman].

La norma expresada en el texto se aplica hasta bajo circunstancias extraordinarias. El 11 de septiembre de 1973, un golpe de Estado militar derrocó el gobierno electo de Salvador Allende y comenzó el largo régimen militar de Augusto Pinochet Ugarte.

El poder estatal puede ser ejercido sólo por entidades previamente autorizadas por la ley, constituidas regularmente, y actuando dentro de su jurisdicción.⁶⁷ Los actos oficiales que violen cualquiera de los preceptos anteriormente dichos son inválidos y están sujetos a sanciones legales.

Los jueces, veremos después, son los principales guardianes de la ley. Ellos son personalmente responsables de la administración apropiada de la justicia según el siguiente texto constitucional: "Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que rigen el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones".⁶⁸

Mientras que la cláusula de supremacía de la Constitución de los Estados Unidos⁶⁹ igualmente establece el imperio del derecho y encarga a los jueces su aplicación, nuestra doctrina invierte el concepto chileno de que los jueces son responsables personalmente y, al contrario, inmuniza a los jueces estadounidenses absolutamente de responsabilidad personal.⁷⁰ En vista de una gran acumulación de casos y retardo en la administración de justicia en las cortes de los Estados Unidos,⁷¹ muchos de nuestros jueces estarían encarcelados bajo la norma de "torcida administración de justicia" citada anteriormente.

te. Véase, en general, Whelan, J., *Allende: Death of a Marxist Dream* (1981). La Constitución de Chile de 1980 fue adoptada durante este régimen y efectivamente "constitucionalizó" el gobierno a través de 29 "provisiones transitorias" al final del documento. Estas cláusulas reconocían al general Pinochet como presidente por ocho años adicionales (véase provisión transitoria 14), y fijó en él y en la Junta de Gobierno todos los poderes legislativos y ejecutivos. Véanse provisiones transitorias 14, 15, 18, 19. Bajo estas cláusulas provisionales, véase provisiones transitorias 27-29, un plebiscito tuvo lugar el 5 de octubre de 1988. El voto negativo para el candidato del gobierno, Pinochet, quiere decir que en marzo de 1990, el poder gubernamental pasó a una legislatura y un presidente electo. Véase provisión transitoria 29. A esa hora, las cláusulas transitorias dejaron de existir y las provisiones "normales" de la Constitución de 1989 entraron en efecto pleno. *Idem*.

⁶⁷ Constitución chilena, art. 7, párr. 1.

⁶⁸ *Idem*, art. 76, párr. 1. Véase también Código Judicial, arts. 324-331.

⁶⁹ Constitución de los Estados Unidos, art. VI, cl. 2.

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

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

El capítulo VI de la Constitución chilena establece el "Poder Judicial". Chile es un país unitario, sin federación, y su Constitución, distinta a la de los Estados Unidos, fija la soberanía entera del pueblo en las ramas nacionales de gobierno.⁷² Por consiguiente, uno encuentra en el capítulo VI la fuente de todo el Poder Judicial en el país.⁷³

Al igual que en el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos, la Constitución chilena está redactada en términos generales. Comienza en el artículo 73 del capítulo VI, otorgando a los tribunales de justicia establecidos por la ley, el poder exclusivo para conocer causas civiles y penales, decidirlas, y ejecutar sus sentencias. Adicionalmente prohíbe a las otras dos ramas del gobierno intervenir en el Poder Judicial. Los redactadores chilenos presumieron un entendimiento común del significado de "causas", "tribunales", "sentencias" y otras palabras técnicas regadas a través de este capítulo, de modo similar al de nuestros propios redactores y fundadores. Según el artículo 75, el presidente de la República designa a los jueces, escogiendo entre las ternas remitidas por las cortes. Este artículo, además, establece que el sistema judicial chileno está compuesto por jueces letrados o de primera instancia, de las Cortes de Apelación y de la Corte Suprema. Sin embargo, a semejanza del artículo III de la Constitución de los Estados Unidos, el cual delega al Congreso los detalles de la estructura, organización y poderes de la función judicial,⁷⁴ el artículo 74 de la Constitución chilena establece que corresponde a una "Ley Orgánica Constitucional" determinar "la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República".⁷⁵

La independencia de acción de los jueces chilenos está garantizada a través de nombramientos limitados a su "buen comportamiento",⁷⁶ lo que nos recuerda el artículo III de nuestra propia Constitución. Los chi-

⁷² La Constitución chilena, art. 5, fija la soberanía en "la nación". Su ejercicio es realizado por "el pueblo", a través de plebiscitos y de elecciones periódicas, y también por autoridades que esta Constitución establece. Tal soberanía está limitada por el respeto a los "derechos esenciales", los cuales emanan de la "naturaleza humana". Comparar a la Constitución de los Estados Unidos, 10a. enmienda (poder residual en el pueblo y los estados).

⁷³ Véase, en general, Colombo Campbell, "Bases constitucionales del derecho procesal", 14, *Rev. Derecho Procesal*, 5 (Chile, 1987).

⁷⁴ Véase Wright, C., *Law of Federal Courts*, § 8 (4a. ed., 1983).

⁷⁵ La Constitución chilena menciona varias leyes de carácter orgánico constitucional, las cuales deberán ser aprobadas por los diputados y senadores en ejercicio después de adoptar la Constitución. Esto requiere un quórum calificado de los tres quintos de las dos cámaras. Constitución chilena, art. 63.

⁷⁶ Constitución chilena, art. 77, párr. 1.

lenos, sin embargo, establecen líneas más claras entre sus ramas gubernamentales. En las siguientes palabras la Constitución chilena asegura la separación entre el Poder Judicial y los otros: "Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, advocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos".⁷⁷

Adicionalmente, el Código Judicial de Chile prohíbe a los jueces mezclarse en las atribuciones de los otros poderes públicos y de ejercer funciones distintas a las de decidir casos civiles y penales.⁷⁸

En los Estados Unidos, la doctrina de separación de poderes no precluye agencias ejecutivas que establezcan juntas administrativas, las cuales "juzgan", en el sentido de aplicar, en forma o formato judicial, la ley sustantiva de la agencia a los hechos de reclamos particulares.⁷⁹ Esta mezcla ejecutiva-judicial probablemente violaría la prohibición citada anteriormente. Chile resuelve el problema de un modo europeo.⁸⁰ Un sistema de tribunales administrativos separados debe ser creado para resolver reclamos contra el Estado, los gobiernos municipales, y contra los representantes de ambos.⁸¹ Este cuerpo debe ser supervisado por la Corte Suprema de Chile, al igual que los demás tribunales.⁸² Una distinción adicional entre el sistema de los Estados Unidos y el chileno se encuentra en el lenguaje anteriormente citado, el cual impide al presidente chileno (o al Congreso) intervenir en casos pendientes. En el sistema de los Estados Unidos un miembro del Gabinete, el procurador general del Estado (*attorney general*), participa regularmente en casos civiles en defensa de intereses gubernamentales.⁸³ ¿Quién ejecuta esta función en Chile? La respuesta es típica del sistema de derecho civil:⁸⁴ un cuerpo de abogados públicos, conocidos como fiscales, los cuales son

⁷⁷ Constitución chilena, art. 73.

⁷⁸ Código Judicial, art. 4.

⁷⁹ Véase *FTC vs. Ruberoid Co.*, 343 U. S. 470, 487-490 (1952) (Jackson, J., disidente). Véase, en general, Strauss, "The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch", 84, *Colum. L. Rev.*, 573 (1984); Abrahams y Snowden, "Separation of Powers and Administrative Crimes: A Study of Irreconcilables", 1976, S. Ill. U. L. J. 1.

⁸⁰ Véase, en general, Schlesinger V, *supra* nota 5, p. 301; Merryman, *supra* nota 66, pp. 100-102; Clark, D. y Merryman, J., *Comparative Law: Western European and Latin American Legal Systems*, 306-310 (1978) [de aquí en adelante citado como Clark y Merryman].

⁸¹ Constitución chilena, art. 38, párr. 2. Cuando fue escrita, las cortes administrativas no habían sido establecidas.

⁸² *Idem*, art. 71, párr. 1.

⁸³ Véase, *por ejemplo*, 28 U. S. C., § 2403 (1987); Fed. R. Civ. P. 24 (c).

⁸⁴ Véase Merryman, *supra* nota 66, pp. 111-113.

miembros de la rama judicial, que comparten los mismos honores y prerrogativas de los jueces,⁸⁵ y quienes, entre otras asignaciones,⁸⁶ presentan la opinión del gobierno en los casos que envuelven sus intereses.⁸⁷

Los tribunales en Chile dependen de la policía nacional, los carabineros,⁸⁸ para la ejecución de sus sentencias y mandamientos.⁸⁹ De acuerdo con muchos reportes la policía nacional flagrantemente ignoraba las órdenes judiciales durante la presidencia de Salvador Allende.⁹⁰ La Constitución de 1980 no sólo autoriza a los jueces a ordenar acciones de la policía y a disponer que la policía cumpla, sino también prohíbe a la policía calificar los fundamentos, la justicia o la legalidad de la orden judicial que debe ser ejecutada.⁹¹

También encontramos en la Constitución chilena la obligación judicial de decidir todas las controversias legalmente planteadas y que se encuentran dentro de su competencia,⁹² lo cual es también una característica tradicional en el sistema de los Estados Unidos.⁹³

La Constitución de Chile dispone que la "ausencia de ley" no puede justificar la inacción judicial.⁹⁴ Esto es curioso en vista de la insistencia usual de la ley civil en decir que no existe ningún vacío en sus códigos.⁹⁵ El Código de Procedimiento Civil chileno igualmente admite que existen brechas en la ley positiva al autorizar a los jueces a aplicar los "principios de equidad" para resolver las controversias cuando los estatutos o los reglamentos no proveen una respuesta.⁹⁶ Esto no es un trampolín para crear un cuerpo de precedentes judiciales obligatorios tales

⁸⁵ Véase Código Judicial, art. 352.

⁸⁶ *Idem*, arts. 350-364.

⁸⁷ *Idem*, art. 350, párr. 3.

⁸⁸ Véase, en general, Constitución chilena, cap. X.

⁸⁹ *Idem*, art. 73, párr. 3.

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

⁹¹ Constitución chilena, art. 73, párrs. 3 y 4.

⁹² *Idem*, art. 73, párr. 2.

⁹³ Véase *Canada Malting Co., Ltd. vs. Paterson Steamship, Ltd.*, 285 U. S. 413, 422-423 (1932); *Llewellyn, K. N., The Bramble Bush*, 35 (1951). Comparar *Broderick vs. Rosner*, 294 U. S. 629, 643 (1935) (excepción *forum non conveniens*); *Williams vs. North Carolina*, 317 U. S. 287, 294 n. 5 (1942) (lo mismo). Véase, en general, *Wright, C., Law of Federal Courts*, §§ 16, 42, 44 (4a. ed., 1983).

⁹⁴ Constitución chilena, art. 73, párr. 2.

⁹⁵ Véase Merryman, *supra* nota 66, pp. 30 y 31. En práctica, por supuesto, los legisladores reconocen que vacíos y ambigüedades son inevitables. Por ejemplo, jueces colombianos son instruidos a decidir "aunque no haya un estatuto que tenga que ver con el asunto, o que los estatutos estén ambiguos o incompletos, que en tales casos apliquen estatutos análogos o, en su ausencia, doctrina constitucional, costumbres o reglas de derecho sustantivo y derecho procesal". Código colombiano, art. 37 (8).

⁹⁶ Código de Procedimiento Civil, art. 170 (5).

como los creados por las Cortes de la Cancillería de Inglaterra;⁹⁷ al contrario, es sólo una invitación a los jueces para aplicar las normas de imparcialidad y buena conciencia cuando la ley positiva no tiene una respuesta clara para una controversia en particular.⁹⁸

IV. LA FUNCIÓN JUDICIAL

1. En general

La función de administrar justicia, esto es, resolver disputas estableciendo los hechos del caso y aplicando la ley pertinente,⁹⁹ tradicionalmente se ha puesto en las manos de los tribunales tanto en el sistema de derecho civil como en nuestro sistema de derecho común (*common law*).¹⁰⁰ Por lo tanto, no es sorprendente encontrar a los tribunales chilenos ejecutando la misma función pública que los tribunales de los Estados Unidos. El artículo inicial del Código Judicial chileno otorga poder exclusivo a los tribunales chilenos para ejercer "[l]a facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado. . .".¹⁰¹ Los jueces chilenos están obligados por el Código de Procedimiento Civil a resolver según los méritos del caso.¹⁰²

Aprendemos de la estructura del sistema procesal¹⁰³ y de la forma de las sentencias chilenas¹⁰⁴ que "juzgar" y "méritos" significan lo mismo

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

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

⁹⁹ Véase, en general, Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication", 92, *Harv. L. Rev.*, 353 (1978).

¹⁰⁰ Véase Karst, *supra* nota 33, p. 65: "Los sistemas legales formales de los países latinoamericanos son estructuras institucionales modernas y desarrolladas. Disputas son resueltas por un arreglo jerárquico de tribunales basado en la letra e historia legislativa de normas legales, doctrinas eruditas, opiniones de juristas distinguidos y decisiones por los tribunales. Las determinaciones oficiales sobre los derechos u obligaciones son basadas en la aplicación de principios impersonales y universalistas por profesionales entrenados en el sistema".

¹⁰¹ Código Judicial, art. 1.

¹⁰² Código de Procedimiento Civil, art. 160. Compare Código colombiano, art. 174 ("Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente llegadas al proceso").

¹⁰³ Véase el texto que acompaña a las notas 281-348, *infra*.

¹⁰⁴ Código de Procedimiento Civil, art. 170.

en Chile y en los Estados Unidos. Además encontramos un sistema de tribunales con una estructura muy similar a la nuestra: juzgados de un solo juez,¹⁰⁵ cortes de apelación intermedias compuestas por varias Salas de jueces,¹⁰⁶ y una sola corte de última instancia de tipo colegiado.¹⁰⁷

Muchas otras características del sistema judicial conocido por los abogados de Norteamérica están presentes en el derecho y la práctica chilena. Éstas incluyen: abogados y servicios de los tribunales gratuitos para indigentes,¹⁰⁸ notificación y una oportunidad para ser escuchado antes de sufrir un decreto judicial,¹⁰⁹ control de retrasos mediante plazos "fatales" para completar los pasos del proceso,¹¹⁰ incidentes (*motion practice*),¹¹¹ juramento a actos oficiales,¹¹² y compilación de todas las

¹⁰⁵ Véase Código Judicial, arts. 42-48 (*jueces de letras*). En comparación, litigantes venezolanos pueden tener una decisión de un tribunal hecha por una terna. Después de tomar pruebas, dos "jueces asociados" son añadidos, uno escogido por cada parte de una lista de tres propuestos por el opositor. Jueces asociados son abogados quienes son pagados por las partes, presumiblemente después de haber sido partidario de la causa de la parte. Véase Código venezolano, arts. 118-124. La tradición de la ley civil es para casos que van a ser adjudicados al nivel inferior por una terna de tres jueces. Véase, *por ejemplo*, Schlesinger, *supra* nota 2, p. 284; Schopflocher, "Civil Procedure: A Comparative Study of Some Principal Features Under German and American Law", 1940, *Wis. L. Rev.*, 234, 237; Certoma, G., *The Italian Legal System*, 206-207 (1985). La tema unipersonal de los tribunales en Sudamérica puede ser un reflejo de falta de personal judicial antes que un desvío ideológico de la tradición de la ley civil. Es aparentemente universal a través del continente. Véase Vescovi, *supra* nota 8, p. 216.

¹⁰⁶ Véase Código Judicial, arts. 54-92.

¹⁰⁷ *Idem*, arts. 93-107.

¹⁰⁸ Código de Procedimiento Civil, arts. 129-137. Véase, en general, Vescovi, *supra* nota 8, pp. 243-245.

¹⁰⁹ *Idem*, arts. 38-58, 65, 69 y 80.

¹¹⁰ En un esfuerzo para acelerar procesos judiciales, varias enmiendas fueron hechas al Código de Procedimiento Civil en 1988. Ley 18705, *Diario Oficial*, 24 de mayo de 1988. El art. 64 fue corregido para decir lo siguiente:

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

"Las partes podrán, por una sola vez en cada instancia, acordar la suspensión del procedimiento hasta por un plazo máximo de treinta días. . ."

Si el tribunal establece un periodo de tiempo, el juez puede prorrogarlo por justa causa cuando una parte pide, dentro del plazo una extensión de tiempo. Código de Procedimiento Civil, art. 67.

¹¹¹ Mociones y cuestiones accesorias se llaman incidentes. Véase Código de Procedimiento Civil, arts. 82-91.

¹¹² Código de Procedimiento Civil, art. 62. La forma del juramento es igual al de los Estados Unidos: "¿Juráis por Dios decir verdad acerca de lo que se os va a preguntar?" "Sí, juro". "¿Juráis por Dios desempeñar fielmente el cargo que se os confía?" "Sí, juro".

resoluciones, submisiones de las partes, y toda otra documentación del caso en un expediente ordenado.¹¹³ Una distinción dramática es que los procedimientos en tribunales civiles en Chile son "secretos" en todos los niveles en el sentido que el público no tiene ningún derecho de observar.¹¹⁴ Nosotros entramos a las salas de tribunales sólo por invitación judicial y con el permiso de las partes.

2. *Adversarial vs. inquisitivo*

Un punto común de comparación entre el *common law* y la ley civil es el modo y alcance en que cada sistema alienta a sus jueces para perseguir la verdad objetiva de asuntos disputados.¹¹⁵ La diferencia se evidencia en el siguiente ejemplo. El juez del *common law* únicamente se preocupa de proveer a las partes igualdad de oportunidades para litigar.¹¹⁶ Si ellos declinan tal oportunidad, como en caso de rebeldía, puede dictarse una sentencia en contra de ellos sin considerar el probable resultado en caso de que se hubieran defendido.¹¹⁷ La teoría, hilada en el telar contrario provee la justificación de que la falta de defensa es una admisión de la verdad del reclamo del demandante.¹¹⁸ En cambio,

No hay afirmación secular en Chile. Compare 1 U. S. C., § 1 (1987) ("juramento" incluye afirmación y "jurado" incluye afirmado); Fed. R. Civ. P., 43 (d) (afirmación permitida en lugar de juramento).

¹¹³ El expediente se llama el *proceso*. Véase Código de Procedimiento Civil, arts. 29-37. Observamos sistemas arcaicos para presentar y desglosar el proceso en los tribunales chilenos.

¹¹⁴ Véase Vescovi, *supra* nota 8, p. 213.

¹¹⁵ Véase, en general, Bernstein, "Whose Advantage After All? A Comment on the Comparison of Civil Justice Systems", 21, *U. C. D. L. Rev.*, 587 (1988).

¹¹⁶ Una cita famosa proveída por el decano Roscoe Pound dice lo siguiente: "[E]n los Estados Unidos tomamos como materia de curso que un juez debe ser un simple árbitro, de pasar objeciones y servir como consultor de las reglas del juego, y que las partes deben pelear su juego de su propia manera sin interferencia judicial. Nosotros rechazamos tal interferencia como injusticia, hasta cuando es en el interés de justicia".

Véase Fox, "Settlement: Helping the Lawyers to Fulfill their Responsibility", 53, *F. R. D.*, 129, 137 (1971). Esta posición no está sin sus contrincantes. El ministro de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Franfurter, escribió la siguiente cita: "En un juicio por jurado en una corte federal, el juez no es un simple moderador, pero es el gobernador del juicio con el propósito de asegurar que haya conducta apropiada...". *Herron vs. Southern Pacific Co.*, 283 U. S., 91, 95 (1931). Véase también *Evans vs. Wright*, 505 F.2d 287, 289 (5to. Cir., 1974) ("...un juez de distrito de los Estados Unidos no es un tumulto en un tronco. Ni es un árbitro en una pelea por el campeonato").

¹¹⁷ Véase Fed. R. Civ. P. 55 (a) (falta de "alegar o de otra manera defender").

¹¹⁸ Véase Friedenthal, J.; Kane, M. y Miller, A., *Civil Procedure*, § 9.4, p. 445 (1985) [de aquí en adelante citado como *Civil Procedure*]. Venezuela es similar a los

el demandante en la tradición civilista todavía tiene la obligación de probar su caso.

La rebeldía del demandado significa simplemente que el caso continuará sin su participación.¹¹⁹ La parte ausente puede participar más tarde pero debe tomar el estado del expediente como lo encuentre.¹²⁰ Aunque en este ejemplo el sistema civilista parece ser más protector de la "verdad", abogados veteranos deben sospechar que el procedimiento *ex parte* raras veces termina en una victoria de la parte en rebeldía.

Otro ejemplo frecuentemente citado es el extenso poder otorgado al juez del sistema civil para "investigar" la verdad de los hechos.¹²¹ Al contrario, el juez del *common law* supuestamente se echa hacia atrás y juzga el caso presentado por los abogados de las partes, para bien o para mal. Y si el juez tratara de litigar el caso, sería revocado por intervención no autorizada, como en el caso del juez que ordenó al abogado del demandante utilizar los procesos disponibles para el descubrimiento de pruebas¹²² o como el que ordenó que utilizaran una técnica nueva de

Estados Unidos al considerar rebeldía como una admisión de culpa. Véase Código venezolano, art. 362.

¹¹⁹ Véase Código de Procedimiento Civil, arts. 78 y 113; Bernalés Pereira, "Mesa Redonda en Tulane", p. 9 (abril, 1965) (manuscrito no publicado en el expediente con escritor). Véase también Chase, "Civil Litigation Delay in Italy and the United States", 36, *Am. J. Comp. L.*, 41, 71 (1988) (incumplimiento en Italia no es admisión). En Argentina, el caso va hacia las pruebas, pero cualquier duda es resuelta contra la parte que no ha cumplido. Código argentino, art. 60. En Colombia, el juez puede considerar la falta de respuesta a la denuncia como prueba contra el demandado. Código colombiano, art. 95. Esto es una innovación de 1970. Véase, *idem*, pp. 50-11. El profesor Vescovi generaliza que en países latinoamericanos sin códigos modernos la "evidencia debe ser siempre tomada, con el peso de la prueba permaneciendo con el demandante". Vescovi, *supra* nota 8, p. 228.

¹²⁰ Véase Código de Procedimiento Civil, art. 21. Véase también Código argentino, art. 64 (lo mismo).

¹²¹ Véase Rheinstejn, "Common Law and Civil Law: A comparison", 12, *Pa. B. A. Q.*, 7, 13 (1940) ("Un juez alemán... se considera como un funcionario gubernamental con la función principal de proteger los intereses de la comunidad"); Kaplan, "Civil Procedure — Reflections on the Comparison of Systems", 9, *Buffalo L. Rev.*, 409, 410 (1960) ("[N]osotros encontramos que el juez [alemán] preside ruidoso y dominante..."); Langbein, "Comparative Civil Procedure and the Style of Complex Contracts", 35, *Am. J. Comp. L.*, 381, 388 (1978) ("[En] el [p]rocedimiento primordial de encontrar los hechos"); Hamburger, "Functions of Orality in Austrian and American Civil Procedure", 20, *Buff. L. Rev.*, 9, 26-27 (1970) (Austria). Pero véase Bernstein, "Whose Advantage After All? A Comment on the Comparison of Civil Justice Systems", 21, *U. C. D. L. Rev.*, 587, 591 (1988) ("La imagen del juez alemán en un caso civil como investigador es una «chimera»"); Allen, Kock, Reichenberg y Rosen, "The German Advantage in Civil Procedure: A Plea for More Details and Fewer Generalities in Comparative Scholarship", 82, *Nw. U. L. Rev.*, 705, 723-727 (1988).

¹²² Véase *Identical Corp. vs. Positive Identification*, 560 F.2d 298 (7mo Cir., 1977). "Nuestra decisión... es también basada en el principio tradicional que las partes, en

negociación llamada en inglés *summary jury trial*.¹²³ Por el otro lado, el juez del derecho civil supuestamente interviene activamente en proceso de descubrimiento de hechos intentando llenar los vacíos de la prueba.

El artículo 159 del Código de Procedimiento Civil de Chile es una buena exhibición en este punto. Un juez chileno puede, "para mejor resolver" la controversia, ordenar: 1) la incorporación de cualquier documento a los autos cuando sea necesario para aclarar los derechos de los litigantes; 2) declaraciones juradas hechas por una parte sobre hechos de vital importancia; ¹²⁴ 3) inspección judicial de la propiedad en discusión; ¹²⁵ 4) informes de peritos; ¹²⁶ 5) llamar de nuevo a testigos para aclarar testimonios ambiguos o contradictorios; y 6) cualquier otra medida necesaria para el pleito. Esta sexta cláusula puede probablemente justificar que los jueces ordenen que se recabe el testimonio de un testigo descubierto en el proceso pero no llamado a testificar por ninguna parte. Si su estudio revela una necesidad para clarificar o establecer hechos nuevos y esenciales mediante cualquiera de las maneras descritas, el artículo 159 del Código autoriza al juez a reabrir el término probatorio ¹²⁷ hasta por ocho días.

Mientras el artículo 159 autoriza al juez chileno para impulsar los procedimientos civiles, conocemos que esta facultad no es frecuentemente utilizada. Como en otros lugares, jueces chilenos sobrecargados de trabajo y sin personal de asistencia no se pueden dar el lujo de supervisar el desarrollo detallado de casos que reposan en sus salas. Además, a pesar de las facultades como la contenida en el artículo 159 antes indicado, la fuerte tradición histórica en el continente sudamericano hace que los jueces entreguen control de casos a las partes y que se abs-

vez que la corte, deben determinar la estrategia de la litigación". *Idem*, p. 302. La opinión en *Identiseal* cita como autoridad Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation", 89, *Harv. L. Rev.*, 1281, 1283 (1976). El profesor Chayes nota, sin embargo, que el "modelo tradicional es claramente inválido como una descripción de litigación más reciente en las cortes del distrito federal". *Idem*, pp. 1283-1284 (nota omitida).

¹²³ Véase *Strandell vs. Jackson County*, 838 F.2d 884 (7mo Cir., 1988). Pero véase *Mckay vs. Ashland Oil, Inc.*, 120 F. R. D. 43, 46, 49 (E. D. Ky. 1988); *Cincinnati Gas & Elec. Co vs. General Elec. Co.*, 117 F. R. D. 597, 599 (S. D. Ohio, 1987) (dictamen). Véase, en general, Frankel, "The Search for Truth: An Umpireal View", 123, *U. Pa. L. Rev.*, 1031 (1975); Uviller, "The Advocate, the Truth, and Judicial Hackles: A Reaction to Judge Frankel's Idea", 123, *U. Pa. L. Rev.*, 1067 (1975).

¹²⁴ Véase el texto que acompaña a las notas 323-330, *infra*.

¹²⁵ Véase el texto que acompaña a las notas 335-340, *infra*.

¹²⁶ Véase el texto que acompaña a las notas 341-348, *infra*.

¹²⁷ Véase el texto que acompaña a las notas 298-302, *infra*.

tengan de interferir en las decisiones de las partes sobre los puntos controvertidos o sobre la prueba.¹²⁸ El profesor Vescovi indica que jueces latinoamericanos entran activamente a un caso sólo cuando el expediente completo es entregado a ellos por sus escribanos; en consecuencia, los jueces nunca están bien ubicados para dirigir el desarrollo sustantivo de un caso.¹²⁹ Comparativamente, es probable que los jueces del *common law* tengan tanto poder teórico como sus colegas sudamericanos. Por ejemplo, jueces que no están de acuerdo con la determinación hecha por un jurado sobre los hechos, pueden otorgar al perdedor un nuevo juicio.¹³⁰ Y hay importantes precedentes apoyando la facultad para visitar los sitios,¹³¹ llamar una y otra vez testigos,¹³² inspeccionar objetos,¹³³ interrogar testigos llamados por las partes,¹³⁴ y hasta para nombrar peritos de la corte.¹³⁵

V. JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

Esta sección del artículo ilustra algunas diferencias importantes entre los procesos judiciales de Chile y de los Estados Unidos, antes y durante el juicio; sin embargo, el lector no debe perder de vista la extraordinaria semejanza entre los dos sistemas,¹³⁶ considerando las barreras de la distancia y la distinta tradición.

¹²⁸ Véase Vescovi, *supra* nota 8, pp. 213-215; Rosenn, *supra* nota 21, pp. 488-489.

¹²⁹ Véase *idem*, p. 215.

¹³⁰ Véase Fed. R. Civ. P. 59. Véase, en general, *Tidewater Oil Co. vs. Waller*, 302 F.2d 638, 643 (10mo Cir., 1962); *Aetna Cas. & Surety Co. vs. Yeatts*, 122 F.2d 350, 532-354 (4to Cir., 1943); Riddell, "New Trial at the Common Law", 26, *Yale L. J.*, 49 (1916).

¹³¹ Véase *Bizich vs. Sears, Roebuck Co.*, 391 Pa. 640, 139 A.2d 663 (1958) (poder discrecional del juez de poder conceder el punto de vista como sostenido). Véase, en general, Cleary, E. W. (ed.), *McCormick's Handbook of the Law of Evidence*, § 216 (2a. ed., 1972) [de aquí en adelante citado como McCormick]; Wigmore, J., *Evidence in Trials at Common Law*, §§ 1162-1169 (Chadbourn rev., 1972).

¹³² McCormick, *supra* nota 118, en § 216.

¹³³ Véase Fed. R. Evid. 614 (a); *United States vs. Ramos*, 291 F. Supp. 71 (D. R. I., 1968), *aff'd*, 413 F.2d 743 (1er Cir., 1969) (la corte tiene el poder de llamar a testigos, aducir pruebas y llamar testigos en frente del jurado). Véase, en general, McCormick, *supra* nota 131, en § 8.

¹³⁴ Véase Fed. R. Evid. 614 (b); *United States vs. Liddy*, 509 F.2d 428 (D. C. Cir., 1974).

¹³⁵ Véase Fed. R. Evid. 706.

¹³⁶ Comparar *Civil Procedure in Spain*, *supra* nota 11, p. 399: "Cuando uno ve por primera vez el sistema español es posible ser cegado por las diferencias con el sistema angloamericano y de esta manera dejar pasar por alto las muchas impresionantes similitudes".

1. Competencia.

Como en la jurisprudencia de los Estados Unidos,¹³⁷ Chile distingue entre el Poder Judicial en general, establecido constitucionalmente, y esa facultad particular fijada por la legislatura en una corte específica. A la última se denomina "competencia", como en los Estados Unidos,¹³⁸ y se define como "la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones".¹³⁹ Incluso se encuentra en el Código Judicial chileno el concepto de jurisdicción auxiliar (*pendent o ancillary jurisdiction* en los Estados Unidos). El artículo 111 de este Código permite que el demandado presente una reconvencción en un tribunal ordinario, sobre pequeños reclamos a pesar de que como asuntos originales hubieren pertenecido a tribunales de mínima cuantía.

Chile trata francamente y de un modo recomendable las demandas múltiples sobre el mismo caso. Una vez que la causa es iniciada en un tribunal competente, todos los otros tribunales pierden su competencia.¹⁴⁰

Al igual que en los Estados Unidos,¹⁴¹ los chilenos permiten que el asunto de la competencia sea planteado por el demandado y decidido por el tribunal inmediatamente.¹⁴²

Como en los Estados Unidos,¹⁴³ la capacidad del tribunal es a menudo definida en Chile por la cuantía del asunto en litigio¹⁴⁴ y, veremos, que a veces el proceso judicial permitido varía con la cuantía.¹⁴⁵ Como consecuencia, uno no se sorprende al encontrar en el Código Judicial chileno un complejo conjunto de reglas para determinar el valor económico de una miríada de asuntos que pueden ser llevados a los tribunales.¹⁴⁶

En Chile no se hace una distinción funcional entre "jurisdicción sobre la materia en cuestión" y "competencia". En los Estados Unidos com-

¹³⁷ Véase Rosenberg, M.; Smit, H. y Korn, H., *Elements of Civil Procedure*, 207-208 (4a. ed., 1985).

¹³⁸ *Ibidem*.

¹³⁹ Código Judicial, art. 108. Para procesos utilizados para desafiar competencia, véase Código de Procedimiento Civil, arts. 101-112, 303 (1).

¹⁴⁰ Código Judicial, art. 112. Véase también Código venezolano, art. 346 (1) (*litispendencia*); Código argentino, arts. 347 (4), 354 (3) (el mismo).

¹⁴¹ Véase, por ejemplo, Fed. R. Civ. P. 12 (b) (1).

¹⁴² Código de Procedimiento Civil, art. 303 (1).

¹⁴³ Véase, por ejemplo, 28 U. S. C. § 1332 (1987), *enmendado por decreto del 19 de noviembre de 1988*, Pub. L. núm. 100-702 § 201, 102 Stat. 4642, 4646 (50,000 dólares para acción de diversidad federal).

¹⁴⁴ Véase, por ejemplo, Código Judicial, arts. 14, 25 (1).

¹⁴⁵ Véase el texto que acompaña a las notas 532-545, *infra*.

¹⁴⁶ Véase Código Judicial, arts. 115-132.

petencia es la distribución geográfica de asuntos entre tribunales del mismo rango y en el mismo sistema judicial,¹⁴⁷ mientras que jurisdicción sobre el asunto en cuestión es la capacidad de los tribunales, definida en términos del tipo y del valor de los reclamos y también de las características de las partes.¹⁴⁸ En los Estados Unidos existen procesos y reglas separadas para probar la validez de cada uno.¹⁴⁹ En contraste, Chile, mientras reconoce la distinción analítica entre los dos,¹⁵⁰ categoriza los dos bajo el concepto de "competencia" y los trata, al parecer, indistintamente. Los factores de competencia en Chile son bastante familiares a los abogados estadounidenses: domicilio del demandado,¹⁵¹ la oficina principal de una compañía,¹⁵² la ubicación de los bienes raíces¹⁵³ y el lugar de ejecución de un contrato,¹⁵⁴ son varias de las bases para determinar el distrito judicial apropiado para entablar una acción civil.

Una diferencia interesante entre la práctica en los Estados Unidos y la práctica chilena es que el primero típicamente no permite a las partes fijar, por acuerdo o renuncia, la jurisdicción de un asunto determinado en un tribunal que carezca de tal jurisdicción por no haber sido establecida por la ley,¹⁵⁵ mientras que el segundo explícitamente autoriza esta práctica.¹⁵⁶ Las partes en Chile pueden, expresa o tácitamente, "extender" la competencia de un tribunal con respecto a ambas, competencia y jurisdicción, sobre la materia. Una extensión tácita ocurre cuando el demandante presenta un caso en un tribunal "inapropiado" y el demandado falla en objetar. El límite principal en esta práctica es

¹⁴⁷ Véase, en general, Wright, C., *Law of Federal Courts*, § 42 (4a. ed., 1988).

¹⁴⁸ Véase, en general, *idem*, en § 7.

¹⁴⁹ Por ejemplo, en práctica federal, la jurisdicción sobre la materia es probada por una moción 12 (b) (1) de Fed. R. Civ. P. y puede ser planteada a cualquier hora. Véase Fed. R. Civ. P. 12 (h) (3). Impugnaciones de competencia usan Fed. R. Civ. P. 12 (b) (3), y son fácilmente renunciadas. Véase Fed. R. Civ. P. 12 (g), (h).

¹⁵⁰ Véase Código Judicial, tit. VII, § 4 (título).

¹⁵¹ Código Judicial, art. 134. Conforme: Código argentino, art. 5 (3), (4).

¹⁵² Código Judicial, art. 142.

¹⁵³ Código Judicial, art. 135 (3). Conforme: Código argentino, art. 5 (1).

¹⁵⁴ Código Judicial, art. 138. Conforme: Código argentino, art. 5 (3).

¹⁵⁵ Véase, por ejemplo, Fed. R. Civ. P. 12 (h) (3) ("Siempre que aparezca como sugerencia de las partes o de otra manera que la corte carezca de jurisdicción sobre la materia, la corte deberá declarar sin lugar la acción"); *Mansfield, Coldwater & Lake Michigan Ry. Co. vs. Swan*, 111 U. S. 379, 382-386 (1954); *Finley vs. United States* 57 U. S. L. W. 4557, 4560 (U. S., abril 23, 1989) (juez Stevens disidente) (dictamen); *Insurance Corp. vs. Copagnie des Bauxites*, 456 U. S. 694, 702 (1982) (dictamen).

¹⁵⁶ Código Judicial, arts. 181-187. Conforme: Código argentino, art. 2. En severo contraste, Colombia prohíbe la extensión de jurisdicción sobre la materia o competencia territorial, véase Código colombiano, art. 13, e instruye a los jueces rechazar *de oficio* la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia. Código colombiano, art. 85.

que la corte donde se comenzó la demanda debe poseer una jurisdicción "análoga"; de este modo, un caso civil no puede ser presentado en un tribunal militar y viceversa.¹⁵⁷ Presumiblemente, el tribunal mismo desearía *sua sponte* las acciones que violan esta limitación.

Chile, como Italia¹⁵⁸ y España,¹⁵⁹ tiene el maravilloso lujo de poder combinar acciones penales y civiles cuando un acto criminal produce daños accionables a un tercero.¹⁶⁰ En los sistemas de derecho civil la ausencia de jurados en los casos penales y la falta de necesidad de una prueba exhaustiva por parte del Estado hace posible este eficiente método. La acción es presentada en un tribunal de lo penal por el fiscal, la parte afectada puede añadir una demanda civil, y los dos casos son entonces tramitados conjuntamente. El "juicio" en el sistema civil consiste principalmente de la acumulación de declaraciones juradas de testigos respecto de los hechos; con base en éstas el juez determina los hechos. Los hechos usados para exonerar o inculpar al acusado son utilizables en la acción civil. Además, los hechos o pruebas adicionales necesarias para determinar el monto al que ascienden los daños correspondientes a la acción civil, pueden también incluirse en la causa penal. En causas que son tramitadas por separado, cualquier sentencia penal contra el acusado puede ser introducida con efecto de cosa juzgada (*res judicata*) en la causa civil. Si el acusado gana el caso penal, algunas veces el demandante civil también puede sufrir efectos de *res judicata*. El código considera tres de tales situaciones: 1) ninguna conducta criminal fue probada; 2) ninguna prueba vinculó al acusado con el crimen, y 3) no hay suficiente prueba en contra del acusado en casos donde el demandante civil participó en el proceso penal como parte o coadyuvante.¹⁶¹ El efecto de la cosa juzgada es que ninguna afirmación contraria o prueba al respecto será admitida en el caso civil,¹⁶² esta figura es semejante al *collateral estoppel* de nuestro país.¹⁶³

2. Alegaciones

Un abogado estadounidense estaría sorprendido al ver la similitud en las demandas usadas para comenzar y determinar las controversias en

¹⁵⁷ Código Judicial, art. 183.

¹⁵⁸ Véase Certoma, G., *The Italian Legal System*, 265-266 (1985).

¹⁵⁹ Véase *Civil Procedure in Spain*, *supra* nota 11, p. 401.

¹⁶⁰ Véase Código Judicial, arts. 171-174.

¹⁶¹ Código de Procedimiento Civil, art. 179.

¹⁶² *Idem*, art. 180.

¹⁶³ Véase, en general, J. Glannon, *Civil Procedure*, cap. 20 (1982).

ambos sistemas legales. Como hace su contraparte en los Estados Unidos,¹⁶⁴ un abogado chileno comienza un pleito por radicar una demanda en el tribunal y citar¹⁶⁵ al demandado.¹⁶⁶ Además de proveer información acerca de las partes y sus representantes, la demanda debe contener "[l]a exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya".¹⁶⁷ La sección final de la demanda debe especificar el remedio o la compensación esperada en términos precisos y claros.¹⁶⁸

Los adjetivos "precisos" y "claros" sugieren los mismos problemas de la *verbosidad* y oscuridad de los abogados, que impulsaron a nuestros redactores a crear la Regla Federal 8 (Estados Unidos) con exhortaciones comparables.¹⁶⁹ Al igual que la práctica de los Estados Unidos,¹⁷⁰ el abogado chileno acompaña prueba instrumental a su demanda.¹⁷¹ Al contrario de las disposiciones de los Estados Unidos que requieren la autenticación de documentos,¹⁷² en Chile tales documentos son considerados como prueba auténtica a menos que la parte contraria inicie un proceso de impugnación dentro de pocos días de haber sido citado.¹⁷³ Esta práctica chilena se asemeja a los atajos que están siendo aceptados en los procedimientos de litigios menores en los Estados Unidos, como los informes de expertos y facturas del demandante que son aceptables sin más pruebas de su veracidad.¹⁷⁴

¹⁶⁴ Véase, por ejemplo, Fed. R. Civ. P. 3; Pa. R. C. P. 1007.

¹⁶⁵ Notificaciones a las partes son comparables a esas en los estados (Estados Unidos). Véase Código de Procedimiento Civil, arts. 38-58. Véase, en general, Vescovi, *supra* nota 8, pp. 224 y 225.

¹⁶⁶ Código de Procedimiento Civil, arts. 40, 253.

¹⁶⁷ Código de Procedimiento Civil, art. 254. Comparar Fed. R. Civ. P. 8 (a) (2) ("una breve y clara afirmación de los reclamos que demuestran que el actor tiene derecho a ser compensado"). Las reglas de alegación de Chile son más parecidas a las de los Estados Unidos que a las de Europa, las cuales requieren afirmaciones detalladas sobre los hechos, derecho, pruebas y testigos. Véase Jacoby, "The Use of Comparative Law in Teaching American Civil Procedure", 25, *Clev. St. L. Rev.*, 423-427 (1976); Langbein, "The German Advantage in Civil Procedure", 52, *U. Chi. L. Rev.*, 823, 827 (1985). Cappelletti, M. y Perillo, J. M., *Civil Procedure in Italy*, 155, 169 (1965). En contraste, la demanda en Colombia sigue el modelo continental. Véase Código colombiano, arts. 75-79, 92.

¹⁶⁸ Código de Procedimiento Civil, art. 254 (5). Comparar Fed. R. Civ. P. 8 (a) (3) ("una petición por la sentencia que el actor busca como remedio").

¹⁶⁹ Véase Fed. R. Civ. P. 8 (a) ("breve y clara"), 8 (b) (el mismo), 8 (e) ("simple, conciso y directo").

¹⁷⁰ Véase Mauet, T., *Fundamentals of pretrial Techniques*, 111-114 (1988).

¹⁷¹ Esto es costumbre más que un requisito del Código.

¹⁷² Véase Fed. R. Evid. 901 (a); Moore, J. I.; Vestal, A. y Kurland, P., *Moore's Manual, Federal Practice and Procedures*, § 4.09 (1984).

¹⁷³ Código de Procedimiento Civil, art. 255.

¹⁷⁴ Véase, por ejemplo, *Philadelphia Civ. R.*, 180, § III (B) (2), en Philadelphia B. Ass'n, "Compulsory Arbitration Seminar" (22 de mayo de 1987) (fotocopiado).

La contestación a la demanda debe presentarse dentro de los 15 días posteriores a la citación con la demanda; se concede un plazo adicional a las personas con domicilio distante al asiento del tribunal.¹⁷⁵ La contestación debe contener las "excepciones" del acusado, con una declaración clara de los hechos y de los fundamentos de derecho,¹⁷⁶ así como los documentos de soporte. No se hace ningún esfuerzo para distinguir entre defensas negativas (negación de los hechos alegados) y afirmativas (hechos exculpatorios).¹⁷⁷ Al igual que en los Estados Unidos¹⁷⁸ los chilenos incluyen reconvenções en su contestación. La cantidad solicitada en la reconvenção no puede exceder la de la competencia de la corte,¹⁷⁹ aunque debemos mantener en mente que las partes pueden renunciar libremente este defecto jurisdiccional.¹⁸⁰

Cualquier defensa omitida en la contestación se entiende como renunciada, excepto cuatro: prescripción, cosa juzgada, transacción y pago.¹⁸¹ Estas defensas son demostrables en cualquier etapa antes de la notificación para oír la sentencia de primera instancia, o antes de la audiencia de apelación. Sírvanse notar que la objeción a la jurisdicción sobre la materia se pierde al no ser presentada oportunamente, lo cual confirma nuestra impresión que la competencia judicial tiene menos importancia en Chile que en los Estados Unidos.¹⁸²

Como en el *common law* del pasado,¹⁸³ Chile permite alegaciones adicionales: una réplica por el demandante y una dúplica por el demandado.¹⁸⁴ En éstas las partes pueden ampliar o modificar sus reclamos y defensas pero sin cambiar los "objetivos principales" de la acción judicial.¹⁸⁵

¹⁷⁵ Código de Procedimiento Civil, arts. 258, 259.

¹⁷⁶ Código de Procedimiento Civil, art. 309 (3).

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

¹⁷⁸ Fed. R. Civ. P. 13.

¹⁷⁹ Código de Procedimiento Civil, art. 315. Distinto a Chile, la reconvenção argentina será admisible si las pretensiones se derivan de la misma "relación jurídica" establecida o son conexas con las invocadas en la demanda principal. Código argentino, art. 357.

¹⁸⁰ Véase el texto que acompaña a las notas 156-157, *supra*.

¹⁸¹ Código de Procedimiento Civil, art. 310.

¹⁸² Véase el texto que acompaña a las notas 155-157, *supra*.

¹⁸³ Véase, en general, Plucknett, T., *A Concise History of the Common Law*, 399-418 (5a. ed., 1956).

¹⁸⁴ Código de Procedimiento Civil, art. 312.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

Las enmiendas no son permitidas libremente,¹⁸⁶ quizás debido a la segunda etapa de alegaciones. El demandante tiene derecho a enmendar su demanda antes de la contestación; el documento enmendado es considerado como una nueva demanda para fines de citación y contestación.¹⁸⁷ Más aún, como anteriormente se señaló, las partes pueden ampliar, explicar y modificar sus causas y sus defensas en dos alegatos subsiguientes: la réplica del demandante y la dúplica del demandado.¹⁸⁸

Una comparación final de las demandas¹⁸⁹ revela que Chile permite un procedimiento similar al de "sentencia basada en las demandas" del sistema norteamericano. Según éste, si la demanda y la contestación no revelan una controversia en los hechos, la corte puede citar a las partes para escuchar la sentencia.¹⁹⁰ Este proceso puede ser iniciado con o sin una petición de una parte.

3. *Procesos cautelares*

En los Estados Unidos el procedimiento de los tribunales estatales para el secuestro de la propiedad del demandado, con el propósito de asegurar el potencial interés del demandante, ha sufrido modificaciones significativas durante las últimas décadas. Estas revisiones han sido obligadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos¹⁹¹ sobre el "debido proceso". Fundada en la premisa inicial de que incluso un embargo temporal de la propiedad del demandado es una "privación de la propiedad sujeta al proceso debido" de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos,¹⁹² la Corte ha creado una serie de protecciones para los demandados dirigidas a balancear el derecho a la propiedad contra la necesidad del demandante de congelar rápidamente los bienes del demandado para garantizar una sentencia efectiva. Aunque un embargo sin notificación previa

¹⁸⁶ Comparar Fed. R. Civ. P. 15 (a) ("permiso deberá ser dado gratuitamente cuando la justicia lo requiera"); Código colombiano, art. 89 (una refoma de derecho justo antes de la notificación del auto que decreta pruebas). Véase, en general, Harlee *vs.* Hagen, 538 F. Supp. 389 (E. D. N. Y., 1982); Hagee *vs.* City of Evanston, 95 F. R. D. 344 (N. D. Ill. 1982); Grand Sheet Metal Products *vs.* Aetna Casualty & Surety, 500 F. Supp. 904 (D. Conn., 1980).

¹⁸⁷ Código de Procedimiento Civil, art. 261.

¹⁸⁸ *Idem*, art. 312.

¹⁸⁹ Véase Fed. R. Civ. P. 12 (c).

¹⁹⁰ Código de Procedimiento Civil, art. 313.

¹⁹¹ Véase, en general, Nowak, J.; Rotunda, R. y Young, J. N., *Handbook on Constitutional Law*, 546-562 (2a. ed., 1988); Tribe, L., *American Constitutional Law*, 718-731, 1637-1638 (2a. ed., 1988).

¹⁹² Sniadach *vs.* Family Finance Corp., 395 U. S. 337 (1969).

es constitucionalmente permitido cuando el demandante puede demostrar un peligro claro e inminente a su interés en tener seguridad,¹⁹³ los intereses del demandado también deben ser protegidos mediante fianza adecuada, declaraciones juradas demostrando los derechos *prima facie* del demandante en los méritos del caso, emisión de un auto judicial después de un estudio de la petición hecha por el juez mismo, y una audiencia para el demandado razonablemente pronto después del embargo.¹⁹⁴ Si hubiese una audiencia antes que la orden fuera emitida, el demandado naturalmente debería recibir la oportunidad de ofrecer la garantía adecuada, demostrar que no es insolvente y que puede pagar el valor ordenado en la sentencia, de preliminarmente demostrar el poco mérito en el reclamo del demandante, y de comprobar otros hechos que inclinen la balanza en su favor.¹⁹⁵

Es fascinante observar que Chile, en general, ha llegado al mismo punto doctrinario, pero sin haber sido obligado por disposiciones constitucionales. El Código chileno¹⁹⁶ es muy similar a un estatuto estatal moderno de los Estados Unidos que autoriza el embargo de bienes.¹⁹⁷ Esto ejemplifica la idea que los conceptos de justicia procesal en el mundo occidental abarcan las grandes distancias y las disimilitudes resultantes.

Las acciones cautelares disponibles para un demandante chileno reflejan las encontradas en los Estados Unidos: secuestro de bienes inmuebles y muebles; prohibición de enajenar propiedades específicas e incorporación de tales órdenes en el registro de títulos de propiedad; nombramiento de depositarios provisionales; y embargo de toda la propiedad envuelta en la acción judicial.¹⁹⁸ El propósito de tales acciones es el de "asegurar el resultado de la acción"¹⁹⁹ y, por consiguiente, los autos judiciales alcanzan sólo a la propiedad del demandado necesaria para cubrir el valor reclamado.²⁰⁰ El demandante puede ejercer estas acciones en cualquier etapa después de iniciado el proceso.²⁰¹

¹⁹³ Véase *North Georgia Finishing, Inc. v. Di Chem Inc.*, 419 U. S. 601, 606-607 (1975) (dictamen).

¹⁹⁴ Véase *idem*, p. 607.

¹⁹⁵ Véase *Cal. Civ. Pro. Code* § 484.060 (2) (Deering Supp. 1989); *N. Y. Civ. Prac. L. & R.*, § 6223 (a) (McKinney, 1980); 42 *Pa. Const. Stat. Ann.*, § 1291 (a) (Purdon, 1987).

¹⁹⁶ Código de Procedimiento Civil, arts. 290-302.

¹⁹⁷ Véase, por ejemplo, *Cal. Civ. Pro. Code* §§ 481.010 to 493.060 (Deering Supp. 1989); *N. Y. Civ. Prac. L. & R.* §§ 6201-6226 (McKinney 1980); 42 *Pa. Const. Stat. Ann.*, §§ 1285-1292 (Purdon, 1987).

¹⁹⁸ Código de Procedimiento Civil, arts. 290-297.

¹⁹⁹ *Idem*, art. 290.

²⁰⁰ *Idem*, art. 298.

²⁰¹ *Idem*, art. 290.

Las protecciones disponibles para el demandado abundan. Los autos de secuestro son emitidos solamente por los jueces²⁰² y por el tiempo necesario para asegurar el interés del demandante.²⁰³ El demandado puede levantar el embargo demostrando la ausencia de peligro a los intereses del demandante o mediante el otorgamiento de garantía suficiente.²⁰⁴ El demandante debe acompañar pruebas que establezcan al menos una presunción clara de que tiene los derechos que se reclaman.²⁰⁵ El auto se puede conceder por un término que no exceda de diez días, mientras se presentan dichas pruebas, pero únicamente en "casos graves" y sólo después que el demandante presente fianza satisfactoria para remediar los posibles daños que sean causados por el embargo.²⁰⁶ Finalmente, los autos pueden ser otorgados *ex parte* por cinco días si el demandante demuestra "razones graves" para emitir el auto sin notificación ni audiencia para el demandado.²⁰⁷

Un abogado chileno podría obtener órdenes precautelatorias antes de presentar una demanda pero, como es característico de las medidas cautelares dentro de juicio, se intenta limitar el abuso de este proceso con normas rigurosas y mediante la supervisión judicial. El futuro demandante debe demostrar al tribunal "motivos graves y calificados" que requieran medidas precautelares antes de la demanda, debe especificar el valor de los bienes sobre los cuales recaerán las medidas precautelatorias, y debe rendir fianza u otra garantía suficiente para responder por los perjuicios que se originen y las multas que se impongan.²⁰⁸ La demanda debe ser entablada dentro de los diez días posteriores al secuestro, término que puede ser ampliado hasta a treinta días, por motivos fundados, y el actor debe pedir que se mantengan las medidas decretadas.²⁰⁹ Las diligencias expresadas anteriormente pueden decretarse *ex parte*.²¹⁰ El hecho de que los jueces chilenos escuchen la argumentación solamente de una parte, sugiere la posibilidad de abuso. Sin embargo, una vez que la acción judicial sea entablada, y el demandante solicite continuación del auto precautelar, el demandado podrá disputar que las afirmaciones *ex parte* del demandante eran fraudulentas, lo cual le da el derecho al resarcimiento de daños.

²⁰² *Idem*, arts. 91, 302.

²⁰³ *Idem*, art. 301.

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ *Idem*, art. 298.

²⁰⁶ *Idem*, art. 299.

²⁰⁷ *Idem*, art. 302.

²⁰⁸ *Idem*, art. 279.

²⁰⁹ *Idem*, art. 280.

²¹⁰ *Idem*, art. 289.

4. *Acumulación de causas y de partes*

En pocos y simples artículos del Código de Procedimiento Civil de Chile se encuentra la doctrina relativa a la acumulación de causas, partes y también de terceros.²¹¹ Las normas chilenas tienden a ser menos complejas que las Reglas Federales de los Estados Unidos.

Los jueces tramitan conjuntamente causas separadas que no son "incompatibles".²¹² Los demandantes pueden presentar en la demanda todos los cargos que tengan en contra del demandado, aunque éstos sean inconsistentes,²¹³ al igual que la práctica en los Estados Unidos.²¹⁴ La unión de litigantes como codemandantes o codemandados está permitida siempre y cuando estén demandando o defendiendo la misma cosa, o cosas distintas que se vinculan con un hecho común.²¹⁵ Si en la misma causa los colitigantes presentan demandas o defensas idénticas, ellos deberán estar representados conjuntamente y deberán hablar con una misma voz; ²¹⁶ por el otro lado, ellos pueden ser representados individualmente en todas las peticiones y defensas que sean diferentes en hecho o derecho, siempre que tal separación aparezca durante el proceso.²¹⁷

En el Código chileno no encontramos ninguna cláusula que se parezca a la regla norteamericana de "parte necesaria",²¹⁸ con una sola excepción. Si una causa interesa a más de una persona, el demandado puede requerir que cualquier interesado que no haya comparecido en la causa sea notificado de la demanda.²¹⁹ Una vez notificados, los interesados ausentes pueden unirse al litigio. Esos que explícitamente declinan a unirse y aquellos que no dicen nada, quedan sujetos a lo que disponga la sentencia. Los últimos pueden comparecer después, aceptando el caso tal y como se encuentre. Curiosamente, uno no encuentra ninguna men-

²¹¹ *Idem*, arts. 17-24.

²¹² *Idem*, art. 17 (1). Comparar Fed. R. Civ. P. 42 (a) ("cuestión común de hecho o derecho").

²¹³ Código de Procedimiento Civil, art. 17 (2). Comparar Código colombiano, art. 82 (2) (reclamos no deberán ser mutuamente exclusivos).

²¹⁴ Véase, por ejemplo, Fed. R. Civ. P. 18.

²¹⁵ Código de Procedimiento Civil, art. 18. Comparar Fed. R. Civ. P. 20 (acciones por o contra co-partes surgen de "la misma transacción, ocurrencia, o serie de transacciones u ocurrencias y si cualquier cuestión de hecho o derecho a todas estas personas surgiera").

²¹⁶ Código de Procedimiento Civil, art. 19.

²¹⁷ *Idem*, art. 20.

²¹⁸ Véase, por ejemplo, Fed. R. Civ. P. 19. Comparar Código argentino, art. 89 ("Cuando una sentencia en su aplicación afectara a varias partes, éstas habrán de demandar o ser demandadas en un mismo proceso").

²¹⁹ Código de Procedimiento Civil, art. 21.

ción en el Código en el caso de los demandados faltantes cuando una deuda u obligación es solidaria.²²⁰

Las reglas de tercerías en Chile son sencillas, a diferencia de las complejas reglas de intervención federales en los Estados Unidos.²²¹

Cualquiera que afirme tener un derecho incompatible con el derecho reclamado por otra persona puede intervenir en el proceso en Chile.²²² El que interviene puede presentar por separado alegatos, pruebas, y apelaciones,²²³ pero por el tenor literal de las reglas, es difícil entender si quien interviene puede regresar a etapas ya pasadas del caso. Aparentemente, si comparece en el juicio después de que las alegaciones son cerradas o de que las pruebas se han presentado, sólo podría litigar desde ese punto en adelante. Suponemos que esto es lo que quieren decir las reglas cuando ordenan a quien interviene a aceptar todo lo que ha ocurrido en el caso,²²⁴ lo cual significa que el proceso deberá seguir su curso,²²⁵ y lo que previene al que interviene de atrasar el curso regular del litigio.²²⁶

Chile tiene un curioso puesto de "coadyuvante" para quienes reclaman tener algún "interés actual", el cual es un "derecho y no una mera expectativa" pero que no es incompatible con, ni independiente de, los derechos perseguidos por las partes presentes.²²⁷ Aunque estos coadyuvantes no son partes directamente envueltas en el litigio, ellos estarán sujetos a la sentencia, al igual que las partes intervinientes,²²⁸ y si están descontentos con los esfuerzos de la parte a cuyo lado se han colocado, el *tercerista* puede litigar separadamente, en todo o en parte.²²⁹

No he podido encontrar una regla de litigio por clase (*class action*) en el Código de Procedimiento Civil de Chile.²³⁰ Ni he podido encon-

²²⁰ Comparar Código colombiano, art. 83 ("Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal no fuere posible resolver por los méritos sin la comparencia de las personas que se sujetan de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas").

²²¹ Véase, en general, Wright, C., *Law of Federal Court*, § 75 (4a. ed., 1983); Friedenthal, J.; Kane, M. y Miller, A., *Civil Procedure*, § 6.10, pp. 366-378 (1985).

²²² Código de Procedimiento Civil, art. 22.

²²³ *Idem*, arts. 16, 22.

²²⁴ *Idem*, art. 22.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ *Idem*, art. 16.

²²⁷ *Idem*, art. 23.

²²⁸ *Idem*, art. 24.

²²⁹ *Idem*, arts. 16, 23.

²³⁰ Ni en los códigos de procedimiento civil de Europa ni en los de Latinoamérica. Véase Vescovi, *supra* nota 8, p. 227 (Latinoamérica); Kerameus, "A Civilian Lawyer Looks at Common Law Procedure", 47, *La. L. Rev.*, 493, 504-505 (1987)

trar tal proceso en la legislación especial. Sólo he encontrado una referencia indirecta a las reglas de unión de las partes a acciones, las cuales son iniciadas por o en contra de muchas personas o en casos autorizados por una ley.²³¹

En discusiones con abogados chilenos no encontramos fundamento legal de importancia para presentar "class actions". En cambio Brasil, en 1985, dictó una ley que permite que intereses ambientales, culturales y del consumidor, sean reclamados en la base de clase.²³²

5. Incidentes preliminares

Chile tiene un proceso de desestimación voluntaria similar a la regla federal 41 de los Estados Unidos. El demandante tiene el derecho de retirar su demanda antes de la citación al demandado;²³³ en la práctica federal de los Estados Unidos tal derecho existe antes de la contestación del demandado o antes de una petición para sentencia sumaria (*summary judgment*).²³⁴ La práctica de ambos países diverge sustancialmente cuando el demandante solicita el retiro de la demanda del tribunal. En ambos lugares, el juez puede imponer condiciones al demandante, tales como el pago de los costos incurridos hasta la fecha por el demandado.²³⁵ Pero en Chile el acto de desestimación actúa como cosa juzgada,²³⁶ mientras que en nuestro país sólo una segunda desestimación voluntaria tiene tal efecto.²³⁷

Una gran distinción entre los dos sistemas está en la ausencia en Chile, como en otros países de derecho civil,²³⁸ de un mecanismo para determinar la suficiencia legal de un reclamo o defensa. En Chile no puede decirse "pido que se declare sin lugar el reclamo por carecer de

(Europa); Cohn, "Parties", en Cappelletti, M. (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law: Civil Procedure*, vol. XVI, cap. 5, § 5-165, pp. 47 y 48 (1976) (Europa).

²³¹ Código de Procedimiento Civil, art. 18.

²³² Rosenn, *supra* nota 21, p. 522.

²³³ Código de Procedimiento Civil, art. 148.

²³⁴ Fed. R. Civ. P. 41 (a).

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

²³⁶ Véase Código de Procedimiento Civil, art. 150 ("extinguirá las acciones a que él se refiera").

²³⁷ Véase Fed. R. Civ. P. 41 (a).

²³⁸ Véase, por ejemplo, Schopflocher, "Civil Procedure: A Comparative Study of Some Principal Features Under German and American Law", 1940, *Wisc. L. Rev.*, 234, 248; Schlesinger, *supra* nota 2, p. 305. Pero véase Código venezolano, art. 346 (11) (acción para declarar inadmisibles por falta de un reclamo válido "las admisiones de la acción propuesta", o "cuando sólo permite admitirla por determinadas causales que no sean de las alegadas en la demanda").

fundamento en derecho",²³⁹ o "solicito eliminar la defensa legalmente inválida",²⁴⁰ peticiones que permiten desechar rápidamente argumentos inválidos y que ahorran tiempo y esfuerzos de una causa o defensa inútil. Los abogados en Chile y en Italia aparentemente no se muestran molestos por esto. En ambos lugares el perdedor puede estar comisionado con los costos del otro lado, incluyendo honorarios del abogado,²⁴¹ y esa regla naturalmente desalienta las defensas y reclamos frívolos.

Adicionalmente, la falta de trámite de descubrimiento de pruebas (*discovery*) en los países de tradición civil²⁴² disminuye el "valor de estorbo" de demandas sin fundamento. Finalmente, estimo que la tradición civil fomenta pasar un día completo en la corte, no sólo una mañana. Si la ley no provee alivio en los hechos presentados en el juicio, el juez decidirá a su tiempo, no antes.

La sentencia sumaria (*summary judgment*) es también desconocida en Chile.²⁴³ Veremos que el juicio allí es un proceso principalmente documental en el cual el juez decide con base en los hechos determinados a través del estudio de los documentos.²⁴⁴ La credibilidad de los testigos no es un problema porque la mayoría de los testigos con perjuicios están descalificados para rendir testimonio.²⁴⁵ En esencia, el proceso chileno de primera instancia es muy parecido a la práctica estadounidense de sentencia sumaria: identificación de los hechos pertinentes admitidos y de aquellos en disputa, recepción de declaraciones juradas u otras pruebas escritas y relevantes a los puntos controvertidos, y sentencia por el tribunal después de un estudio de los documentos. Por lo tanto, puede comprenderse fácilmente por qué en Chile poco se necesita de una regla similar a la regla federal 56 de los Estados Unidos y sus complejidades concomitantes.²⁴⁶

²³⁹ Véase Fed. R. Civ. P. 12 (b) (6).

²⁴⁰ Véase Fed. R. Civ. P. 12 (f).

²⁴¹ Véase Cappelletti, M. y Perillo, J. M., *Civil Procedure in Italy*, 247-249 (1965); el texto que acompaña a las notas 590-591, *infra*.

²⁴² Véanse las autoridades citadas en la nota 267, *infra*.

²⁴³ Los colombianos tienen una forma de sentencia sumaria. Las partes pueden pedir de común acuerdo, en escrito o presentado oralmente, que se proceda a dictar sentencia con base en las pruebas acompañadas a la demanda y a la contestación. Código colombiano, art. 186.

²⁴⁴ Véase el texto que acompaña a las notas 281-302, *infra*.

²⁴⁵ Véase el texto que acompaña a las notas 305-309, *infra*.

²⁴⁶ Véase, por ejemplo, *Celotex Corp. vs. Catrett*, 477 U. S. 317 (1986); *Anderson vs. Liberty Lobby, Inc.*, 477 U. S. 242 (1986). Véase, en general, Nelken, "One Step Forward, Two Steps Back; Summary Judgement After *Celotex*", 40, *Hastings L. J.*, 53 (1988); Childress, "A New Era for Summary Judgement: Recent Shifts at the Supreme Courts", 116 *F. R. D.* 183 (1987).

Excepciones preliminares pueden hacerse en Chile a base de una serie limitada de fundamentos.²⁴⁷ Naturalmente, una es la ausencia de competencia legal, la cual incluye tanto la jurisdicción sobre el asunto en cuestión como la competencia.²⁴⁸ Chile no es un país federal y no tiene que preocuparse mucho por la asignación territorial de poderes jurisdiccionales.

Doctrinas como la de *International Shoe* (jurisdicción sobre la persona del demandado)²⁴⁹ no existen, ni peticiones dirigidas a desafiar el poder del tribunal sobre el demandado.²⁵⁰ En Chile se puede objetar la capacidad de reclamar del demandante o su derecho de representación.²⁵¹ En cambio, en nuestra práctica norteamericana, la capacidad y representación son presumidas a menos que el demandado específicamente las cuestione y de tal modo haga que el demandante las pruebe.²⁵² En Chile también se permite que el demandado objete la forma de la demanda,²⁵³ lo que nos recuerda las guerras de demandas que nuestro país tuvo en el pasado.²⁵⁴ Los demandados también pueden inicialmente buscar cualquier otra "corrección del procedimiento" siempre y cuando la corrección no envuelva los méritos.²⁵⁵ Esto se compara con la tendencia norteamericana de alejarse de disputas de detalles técnicos y de concentrarse en los asuntos de fondo.²⁵⁶ Por último, en

²⁴⁷ Las bases españolas para excepciones preliminares son bastante similares. Véase *Civil Procedure in Spain*, *supra* nota 19, pp. 416-417.

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

²⁴⁹ *International Shoe Co. vs. Washington*, 326 U. S. 310 (1945). En la ley civil, el domicilio de los demandados provee jurisdicción general y conexión entre la causa de acción y el país que sirve como foro provee jurisdicción especial. Véase, por ejemplo, Kerameus, "A Civilian Lawyer Looks At Common Law Procedure", 47, *La. L. Rev.*, 493, 496-497 (1987). Véase, en general, Schlesinger, *supra* nota 2, pp. 286-296. Es presumible que Chile siga tales doctrinas, aunque ellas no parecen ser *eo nomine* en su Código de procedimiento.

²⁵⁰ Comparar Fed. R. Civ. P. 12 (b) (2).

²⁵¹ Código de Procedimiento Civil, art. 303 (2).

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

²⁵³ Código de Procedimiento Civil, art. 303 (4).

²⁵⁴ Véase Weinstein y Distler, "Comments on Procedural Reform: Drafting Pleading Rules", 57, *Colum. L. Rev.*, 518 (1957).

²⁵⁵ Código de Procedimiento Civil, art. 303 (6).

²⁵⁶ "Estas reglas... deberán ser interpretadas para asegurar la determinación justa, rápida y barata de cada acción". Fed. R. Civ. P. 1. Véase, por ejemplo, *Markham vs. Holt*, 369 F.2d 940 (5o. Cir., 1966); *Hartley & Parker, Inc. vs. Florida Beverage*, 348 F.2d 161 (5o. Cir., 1965); *Boxer V. Smith, Kline & French Laboratories*, 43 F. R. D. 25 (S. D. N. Y. 1967).

Chile las defensas de cosa juzgada y de transacción pueden ser planteadas preliminarmente.²⁵⁷

Las objeciones preliminares en Chile son tramitadas como incidentes,²⁵⁸ lo que significa que pueden decidirse con base únicamente en los documentos²⁵⁹ o, si los hechos materiales están en disputa, después de recibidas las pruebas.²⁶⁰ Esto se asemeja a la práctica estadounidense de incluir prueba instrumental con las defensas preliminares y citar a las partes a una audiencia especial en casos en donde las pruebas vivas son necesarias.²⁶¹

6. Descubrimiento de pruebas (discovery)

Probablemente la distinción más dramática entre el procedimiento de los Estados Unidos y aquel de Chile, es la ausencia total en el último de los mecanismos de descubrimiento de pruebas. En este respecto, Chile sigue la tradición del sistema civil de evitar procesos inquisitorios antes de juicio, tales como interrogación por las dos partes de testigos potenciales antes del término probatorio (*depositions*), interrogatorios escritos a la parte contraria, inspección de documentos en poder de la otra parte y exámenes médicos.²⁶² En un país como Italia, el doble problema del litigante, desconocer las pruebas y carecer de acceso a las pruebas poseídas por otros, son aliviados, en parte, por la institución de término probatorio episódico.²⁶³ Debido a que las pruebas son toma-

²⁵⁷ Código de Procedimiento Civil, art. 304. Bajo las Reglas Federales éstas pueden ser alegadas afirmativamente y después se reservarán para fallarlas en la sentencia definitiva. Véase Fed. R. Civ. P. 8 (c), 56.

²⁵⁸ Código de Procedimiento Civil, art. 307.

²⁵⁹ *Idem*, art. 89.

²⁶⁰ *Idem*, art. 90.

²⁶¹ En las cortes federales ambigüedad considerable asiste el proceso de probar los hechos sobre los cuales una moción preliminar está basada. Véase *Thompson Trading Ltd. vs. Allied Lyons PLC*, 123 F. R. D. 417 (D. R. I. 1989).

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

²⁶³ Véase Chase, "Civil Litigation Delay in Italy and the United States", 36, *Am. J. Comp. L.*, 41, 67 (1988). Comparar Homburger, "Functions of Orality in Austrian and American Civil Procedure", 20, *Buff. L. Rev.*, 9, 22-23 (1970) (toma de pruebas episódica en Austria); *Civil Procedure in Spain*, *supra* nota 19, p. 400 (toma de pruebas episódica en España); Langbein, "The German Advantage in Civil Procedure", 52, *U. Chi. L. Rev.*, 823, 826 (1985) (toma de pruebas episódica en Alemania); Kaplan,

das en un periodo de tiempo considerable, durante una serie de vistas,²⁶⁴ las partes tienen tiempo para refutar testimonios de sorpresa y para presentar nuevas pruebas de los hechos. En contraste, el término probatorio en Chile es limitado; esto es, toda prueba se presenta en un lapso ininterrumpido y único, fijado por el juez de la causa,²⁶⁵ El abogado chileno es envuelto, por lo tanto, en la batalla deportiva de providencias, en otro tiempo conocida por los abogados del *common law* pero repudiado ya en este sistema a través de la adopción del descubrimiento antes del juicio.²⁶⁶ El juez chileno puede, en teoría, evitar desvíos de la justicia mediante su participación activa en la causa llamando y examinando a testigos y exigiendo la presentación de documentos;²⁶⁷ sin embargo, como lo hemos descubierto, estos poderes son ejercidos con poca frecuencia.

En el Código de Procedimiento Civil chileno pueden encontrarse ciertos mecanismos de inspección, los cuales se parecen al descubrimiento norteamericano.²⁶⁸ Pero estos son actos prejudiciales encaminados a ayudar al potencial demandante a determinar si tiene un derecho válido y a quién demandar. Por ejemplo, una persona puede obtener una declaración jurada sobre la capacidad legal de otros,²⁶⁹ puede inspeccionar "sentencias, testamentos, inventarios, tasaciones, títulos de propiedad u otros instrumentos públicos o privados que por su naturaleza pueden interesar a diversas personas",²⁷⁰ puede requerir el reconocimiento jurado de una firma puesta en un instrumento privado,²⁷¹ y puede absolver posiciones en cuanto a una persona que va a ausentarse del país,²⁷² o que sufre de

"Civil Procedure-Reflections on the Comparison of Systems", 9, *Buff. L. Rev.*, 409, 410-412 (1960) (el mismo).

²⁶⁴ Véase Cappelletti, M.; Merryman, J. y Perillo, J., *The Italian Legal System*, ap. B (1967) (traducción del expediente de un caso de daños y perjuicios italiano).

²⁶⁵ Código de Procedimiento Civil, arts. 327-340. Véase el texto que acompaña a las notas 298-300, *infra*. El código colombiano urge a jueces a señalar fechas continuas para las audiencias que deban celebrarse, con el fin de que haya "mayor concentración" en pruebas. Código colombiano, art. 110.

²⁶⁶ Véase *Hickman vs. Taylor*, 329 U. S. 495, 507-508 (1947) (teoría usada); *idem*, p. 516 (juez Jackson conviniendo) (el mismo).

²⁶⁷ Véase Código de Procedimiento Civil, art. 159; texto que acompaña a la nota 124, *supra*.

²⁶⁸ Véase Código de Procedimiento Civil, art. 273. Véase, en general, Vescovi, *supra* nota 8, en §§ 387-388.

²⁶⁹ Código de Procedimiento Civil, art. 273 (1).

²⁷⁰ *Idem*, art. 273 (3).

²⁷¹ *Idem*, art. 273 (5).

²⁷² *Idem*, art. 284. Comparar Fed. R. Civ. P. 27 (a); *In re Boland*, 79 F. R. D. 665 (D. D. C. 1978).

graves impedimentos y que quizás no pueda presentarse en el juicio.²⁷³ Estas excepciones no solamente son más restringidas que las típicas expediciones de pesca antes del juicio estadounidense,²⁷⁴ sino que además están sujetas a la discreción judicial que, a su vez, es controlada por la norma en el Código de Procedimiento Civil chileno, que requiere que la inspección sea "necesaria para que el demandante pueda entrar en el juicio"²⁷⁵ y que el demandante demuestre su derecho potencial y fundamentos de apoyo.²⁷⁶ En resumen, no se encuentra en Chile ninguna analogía verdadera a nuestras prácticas de descubrimiento de prueba.

Se puede localizar en el proceso chileno algún derecho para inspeccionar documentos durante el transcurso del litigio. El artículo 349 del Código de Procedimiento Civil permite a una parte solicitar de la Corte la exhibición de instrumentos que tengan relación directa con la cuestión debatida y que no revistan el carácter de secretos o confidenciales. Estos instrumentos pueden estar en poder de la otra parte o de un tercero. El guardián debe presentarlos para inspección bajo penalidad de multas o hasta de arresto²⁷⁷ o perderá el derecho de hacerlos valer en el juicio.²⁷⁸ Nótese cuán modestos son estos derechos de exhibición comparados a las investigaciones mayores permitidas bajo el amplio estándar estadounidense²⁷⁹ de desenterrar antes del juicio cualquier hecho o documento que podría ser pertinente a las cuestiones en juicio.²⁸⁰

7. *Proceso del término probatorio*

Cuando los alegatos, pedimentos preliminares u otros incidentes se terminan, la acción pasa a la etapa de prueba. En este punto, en los

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

²⁷⁴ Véase *Hickman vs. Taylor*, 329 U. S. 495, 507 (1947) ("El grito de 'expedición de pesca' honrado por mucho tiempo no servirá ya más para excluir a una parte de informarse acerca de los hechos en que se basa el caos de su opositor"). Véase, en general, Connolly, P.; Holleman, E. y Kuhlman, M., *Judicial Controls and the Civil Litigative Process: Discovery* (1978).

²⁷⁵ Código de Procedimiento Civil, art. 273.

²⁷⁶ *Idem*, art. 287.

²⁷⁷ *Idem*, arts. 274, 349.

²⁷⁸ *Idem*, arts. 277, 349. Comparar Fed. R. Civ. P. 37 (b) (2) (B).

²⁷⁹ Véase Fed. R. Civ. P. 26 (b) (1) ("Las partes podrán obtener descubrimiento sobre cualquier asunto, no privilegiado, el cual esté relacionado con la materia en-vuelta en la acción que está pendiente..."); *Heathman vs. United States Dist. Ct.*, 503 F.2d 1032, 1035 (9o. Cir., 1974); *Reliance Ins. vs. Barron's* 428 F. Supp., 200 (S. D. N. Y. 1977).

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

Estados Unidos se usa una conferencia antes del juicio para identificar las cuestiones controvertidas, testigos, instrumentos probatorios y controversias sobre pruebas especiales.²⁸¹ En contraste, en Chile el juez monta el escenario para el juicio, estudiando el archivo de la causa y estableciendo puntos de prueba.²⁸² Estas son las controversias sobre hechos sustanciales y pertinentes reveladas por los alegatos. Las partes en ese momento tienen tres días para solicitar la modificación del mandamiento del juez.²⁸³

El paso posterior al establecimiento de los puntos de prueba, es que cada parte debe someter un documento que especifique los puntos de prueba a los que va a dirigir la prueba verbal y que además enumera a los testigos.²⁸⁴ Un máximo de seis testigos es permitido para cada uno de los hechos controvertidos,²⁸⁵ lo que se compara con nuestra práctica estadounidense de depender principalmente en la habilidad del juez para persuadir a los abogados que eviten testimonios redundantes.²⁸⁶ En Chile, las partes someten preguntas que el juez²⁸⁷ plantea a los testigos.²⁸⁸ El gran drama del juicio norteamericano de *common law* de interrogatorios y contrainterrogatorios por abogados hábiles no existe; más bien la práctica chilena se parece al *voir dire* del jurado del tribunal federal, en donde la práctica común es que los jueces instruyan a

²⁸¹ Véase Fed. R. Civ. P. 16; *Matter of Baker*, 744 F.2d 1438, 1440-1441 (10o. Cir., 1984); *Seck vs. Hamring*, 657 F. Supp. 1074 (S. D. N. Y. 1987); *Gardner vs. Safeway Stores* 99 F. R. D. 258 (D. Kan, 1983). Véase, en general, Richey, "Rule 16: A Survey and Some Consideration for the Bench and Bar", 126 F. R. D. 599 (1989).

²⁸² Código de Procedimiento Civil, art. 318. Comparar Homburger, "Functions of Orality in Austrian and American Civil Procedure", 20, *Buff. L. Rev.*, 9, 32-33 (1970) (orden de pruebas en Austria); Jacoby, "The Use of Comparative Law in Teaching American Civil Procedure", 25, *Clev. St. L. Rev.*, 423, 428-430 (1976) (decreto de prueba alemán, italiano y suizo).

²⁸³ Código de Procedimiento Civil, art. 319.

²⁸⁴ *Idem*, art. 320.

²⁸⁵ *Idem*, art. 372.

²⁸⁶ Véase, por ejemplo, Fed. R. Civ. P. 16 (c) (4), (5); Figg, R.; McCullough II, R. y Underwood, J., *Civil Trial Manual: Student Edition*, 314 (1974).

²⁸⁷ El Código ordena al juez interrogar a los testigos "personalmente", Código de Procedimiento Civil, art. 365, pero observamos oficiales de la corte llamados receptores cumpliendo esta función y nos dijeron que tal delegación era común. En esto la práctica chilena es igual a la de España, *Civil Procedure in Spain*, *supra* nota 19, p. 400, y en la mayor parte de América Latina, véase Vescovi, *supra* nota 8, p. 215, y demuestra el poder de costumbres y los límites de correcciones legislativas. El código colombiano requiere de igual modo que los jueces practiquen pruebas personalmente. Código colombiano, art. 181.

²⁸⁸ Código de Procedimiento Civil, art. 365. En esto Chile imita a España, véase *Civil Procedure in Spain*, *supra* nota 19, pp. 430-431, 442-445, pero en severo contraste, Venezuela ha adoptado la técnica del *common law* de examinación directa e indirecta por los abogados. Véase Código venezolano, art. 485.

los jurados utilizando sus propias preguntas y también aquellas sometidas por los abogados.²⁸⁹ Un funcionario del tribunal, el receptor chileno,²⁹⁰ resume las respuestas del testigo a cada pregunta; ²⁹¹ lo cual es, por supuesto, totalmente diferente a nuestra estenografía, palabra por palabra. Estos resúmenes de las declaraciones son leídos por el receptor en voz alta y firmados por el declarante, el juez y las partes presentes.

Como en los Estados Unidos,²⁹² los testigos en Chile pueden ser emplazados para testificar, incluso por medio de la fuerza, ante el tribunal.²⁹³ Ellos declaran bajo un juramento religioso parecido al nuestro,²⁹⁴ aunque no se encuentra ninguna afirmación secular como la permitida en la práctica norteamericana federal ²⁹⁵ y estatal.²⁹⁶ Los testigos chilenos pueden ser encarcelados si no se presentan a declarar o se niegan a declarar sin justificación.²⁹⁷

El Código fija el periodo del término probatorio en veinte días, el cual puede ser reducido "por acuerdo unánime de las partes" ²⁹⁸ y aumentado para tomar pruebas fuera del territorio de la Corte.²⁹⁹ El Código prefiere una sola audiencia, aunque concede discreción al juez para convocar varias audiencias en causas que envuelvan múltiples puntos de prueba o muchos testigos.³⁰⁰ El periodo de prueba se aplica a las decla-

²⁸⁹ Véase Fed. R. Civ. P. 47 (a); Levit *et al.*, "Expediting Voir Dire: An Empirical Study", 44, *So. Cal. L. Rev.*, 916, 928-929 (1971); Committee of United States District Judges, "The Jury System in the Federal Courts", 26, *F. R. D.* 409, 466 (1961).

²⁹⁰ Para una descripción de las funciones del oficial de la corte chilena llamado receptor, véase Código Judicial, arts. 390-393.

²⁹¹ Código de Procedimiento Civil, art. 370. El Código venezolano permite claramente taquigrafía, grabaciones en cinta y grabaciones en video. Véase Código venezolano, arts. 189, 485. Igualmente, las partes en Argentina pueden pedir y pagar por taquigrafía o cualquier otro medio técnico de grabación. Código argentino, art. 126.

²⁹² Véase, por ejemplo, Fed. R. Civ. P. 45; Pa. R. C. P. 234, 1357.

²⁹³ Código de Procedimiento Civil, art. 380.

²⁹⁴ "¿Juráis por Dios decir verdad de lo que se os va a preguntar?" "Sí, juro". Código de Procedimiento Civil, art. 363. Comparar Código argentino, arts. 404, 440 (juramento o "promesa de decir la verdad").

²⁹⁵ Véase *supra* nota 112.

²⁹⁶ Véase, por ejemplo, 18, Pa. Cons. Stat. § 4903 (1982) ("juramento o afirmación equivalente").

²⁹⁷ Código de Procedimiento Civil, art. 380.

²⁹⁸ *Idem*, art. 328. En 1971 Colombia adoptó el concepto de "juicio concentrado"; esto significa audiencias continuas siempre que sea posible. Véase Código colombiano, arts. 110, 220; Gómez Duque, "Reflexiones sobre el nuevo régimen probatorio", in *id.*, comentario. En comparación, los peruanos le dan al juez discreción para establecer el término ordinario de pruebas entre 10 y 50 días. Código peruano, art. 348. En Brasil, "la evidencia es recogida gradualmente a través de un periodo de varias semanas o meses". Rosenn, *supra* nota 21, p. 495.

²⁹⁹ Código de Procedimiento Civil, art. 329.

³⁰⁰ *Idem*, art. 369.

raciones del testigo y, a falta de causa justa para aumentos y prórrogas,³⁰¹ tales declaraciones no serán recibidas fuera del lapso fijado.³⁰² Otras formas de prueba, como instrumentos e informes periciales, parecen estar menos restringidas.

8. Reglas de prueba

Una variación significativa de la práctica en los Estados Unidos es el concepto chileno de prueba aceptable, un concepto derivado directamente de la práctica y tradición de la ley civil.³⁰³ El acceso a los hechos es severamente reducido por reglas extraordinariamente restrictivas en cuanto a la capacidad testimonial de personas, aunque instrumentos escritos son admitidos libremente.³⁰⁴ Ninguna persona puede declarar si tiene algún interés directo o indirecto en el pleito.³⁰⁵ Por lo tanto, los litigantes,³⁰⁶ así como cualquier persona potencialmente afectada por la sentencia, son inhábiles para declarar. Los cónyuges, los parientes, empleados domésticos y dependientes de los litigantes son inhábiles también.³⁰⁷ El principio de exclusión llega hasta a los trabajadores y labradores de

³⁰¹ Véase, por ejemplo, *idem*, art. 340 (incapacidad del juez).

³⁰² Comparar Von Mehren, "Some Comparative Reflections of First Instance Civil Procedure: Recent Reforms in German Civil Procedure and in the Federal Rules", 63, *Notre Dame L. Rev.*, 609, 626 (1988) (jueces alemanes rechazan submissions que no son hechas a tiempo).

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

³⁰⁴ Véase Schlesinger, *supra* nota 2, p. 308 ("El punto de vista de la ley civil es que un documento, si no es autenticado o recusado específicamente, prueba su propia existencia...") (nota omitida); Karst, *supra* nota 33, p. 63 (nota omitida): "Hay una tendencia notoria de presumir que cada ciudadano está mintiendo a menos que uno produzca prueba documental escrita demostrando que uno está diciendo la verdad. El sistema legal formal de países latinoamericanos... muestra una tendencia decidida a creer sólo documentos y no a la gente".

³⁰⁵ Código de Procedimiento Civil, art. 358 (6). En Chile el tema de "evidencia" se encuentra en las reglas de procedimiento, véase Código de Procedimiento Civil, arts. 318-429, y es enseñado en universidades como parte del curso de "procedimiento". Véase Morales Robles, II *Explicaciones de Derecho Procesal*, 164-250 (Santiago, Chile, 1987) (clases transcritas del profesor Mario Mosquera Ruiz [de aquí en adelante citado como II *Explicaciones*]).

³⁰⁶ Aparentemente, el impacto severo de la exclusión de la ley civil de testimonios de las partes es un poco reducido por interrogatorios en conferencia de partes que no están bajo juramento. Véase, por ejemplo, Kaplan, "Civil Procedure Reflections on the Comparison of Systems", 9, *Buffalo L. Rev.*, 409, 420 (1960). La "confesión judicial" de una parte se lleva a cabo en alegaciones o en audiencias. Véase, por ejemplo, Código colombiano, arts. 194, 195.

³⁰⁷ Código de Procedimiento Civil, arts. 358 (1), (2), (4).

la parte.³⁰⁸ Finalmente, amistades íntimas no pueden declarar ni tampoco lo puede hacer un enemigo.³⁰⁹ Estas reglas desconfiadas destruirían nuestro sistema de justicia en el cual, testigos en estas categorías declararían cada día en las Salas de los tribunales por todo el país.³¹⁰ Nuestros abogados naturalmente se preguntarían ¿cómo se prueban los derechos en causas en las cuales los actores principales están en las categorías más cercanas y testigos desinteresados no existen? Aparentemente la ley civil prefiere abandonar conceptos de derecho o deber por temor a declaraciones predispuestas en el juicio. Por cierto, la ley civil no puede considerar los derechos múltiples³¹¹ y los daños y perjuicios³¹² en la ley estadounidense, los cuales sólo se prueban por hechos conocidos exclusivamente por las partes o personas cercanas a ellas. Nuestro país acepta todos los testigos de los hechos con la esperanza que los juzgadores de hechos, ayudados por las impugnaciones de credibilidad hechas por los abogados durante los contrainterrogatorios, puedan salvar la parcialidad y determinar la verdad.³¹³

Las preguntas que cuestionan la idoneidad de los testigos preceden pero no obstruyen la declaración sobre los méritos;³¹⁴ la única excepción es cuando el juez puede declarar en el acto que el testigo es paten-

³⁰⁸ *Idem*, art. 358 (5).

³⁰⁹ *Idem*, art. 358 (6).

³¹⁰ Véase, por ejemplo, Fed. R. Evid. 601 (toda persona que es competente para ser testigo); McCormick, *supra* nota 131, pp. 78-80 (predisposición como base para impugnar la credibilidad). Argentina está alineada más cerca de los Estados Unidos que de Chile, descalificando absolutamente por predisposición sólo al cónyuge y a consanguíneos afines en línea directa permitiendo al juez considerar predisposición en su preponderancia de la prueba. Véase Código argentino, arts. 427, 441, 456. Colombia considera a los testigos interesados como "sospechosos", pero se les permite el testimonio y el juez lo resuelve en la audiencia conforme a las circunstancias particulares. Código colombiano, arts. 217, 218.

³¹¹ En los Estados Unidos nos hemos acostumbrado a crear reclamos para compensación, los cuales requieren que el demandante indague la mente del demandado y los archivos para poder recoger pruebas de elementos importantes del reclamo. Véase, por ejemplo, *Washington vs. Davis*, 426 U. S. 229 (1976) (reclamo de igual trato bajo la ley requiere la demostración de propósitos discriminatorios por parte del demandado); *Trans World Airlines vs. Thurston*, 569 U. S. 111 (1985) (trato discriminatorio basado en edad; daños duplicados por violación intencional); *Public Employees Retirement Sys. vs. Betts*, 57 U. S. L. W., 4931 (U. S. 20 de junio de 1989) (el demandante debe enseñar al plan de beneficio un "subterfugio"); 33 *A. L. R. 4ta* 579 (1984) (negación de "mala fe" de pagar reclamos por compañías de seguro).

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

³¹³ Véase nota 310, *supra*.

³¹⁴ Código de Procedimiento Civil, arts. 373, 375.

temente inhábil por su estado físico o mental o por su oficio.³¹⁵ Los jueces pueden tener una audiencia separada sobre la habilidad de un testigo.³¹⁶ Pero en el caso normal todas las preguntas son planteadas al testigo en la misma ocasión y hasta que el juez no haya llegado a su decisión final sobre la causa, no determina si el testigo fue hábil y si su prueba por lo tanto es aceptable o no.³¹⁷

Mientras que el Código chileno es duro en cuanto a la habilidad de los testigos, permite libremente los testimonios de referencia (*hearsay*).³¹⁸ Esto no es sorprendente debido a que la ley civil sin jurado ha declinado adoptar reglas de exclusión al testimonio de referencia.³¹⁹

Los jueces en Chile, como en otros países de derecho civil,³²⁰ están sujetos a reglas mecánicas que aprecian la fuerza probatoria de los testimonios.³²¹ La declaración de un solo testigo sobre un hecho constituye prueba plena cuando el juez concluye que éste ha sido imparcial y verídico y que su declaración fue suficientemente seria y precisa para vencer al juez. Esto le deja al juez un campo considerable para rechazar parte o toda la declaración. Pero declaraciones por dos testigos o más sin tacha y si no se contradicen constituyen prueba plena que el juez está obligado a aceptar. Cuando las declaraciones de los testigos están en conflicto, el juez determina los hechos no por el mayor número de

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

³¹⁶ Código de Procedimiento Civil, art. 376.

³¹⁷ *Idem*, art. 379.

³¹⁸ *Idem*, art. 383.

³¹⁹ Véase, por ejemplo, Kerameus, "A Civilian Lawyer Looks at Common Law Procedure", 47, *La. L. Rev.*, 493, 500 (1987).

³²⁰ La evaluación cuantitativa de testigos y su evidencia está declinando en Europa. Véase *idem*, pp. 500-501; Cappelletti, M.; Merryman, J. y Perillo, J., *The Italian Legal System*, 139-140 (1967). En 1971 Colombia se convirtió a un sistema de libre evaluación judicial de las pruebas. Véase, en general, Gómez Duque, "Reflexiones sobre el nuevo régimen probatorio", en Código colombiano, comentario.

³²¹ Código de Procedimiento Civil, art. 384. Venezuela, Colombia, Argentina y Brasil, por comparación, someten la apreciación de la prueba a la sana crítica de la corte. Código venezolano, art. 507; Código colombiano, art. 187; Código argentino, art. 386; Rosenn, *supra*, nota 21, pp. 499-500. En Perú simplemente dice el valor probatorio de las declaraciones de los testigos será apreciado por el juez con sujeción a las reglas de la crítica. Código peruano, art. 490. Véase, en general, Vescovi, *supra* nota 8, p. 235.

testigos, sino por la calidad de prueba: detalle, imparcialidad, verdad, y consistencia con otras pruebas. El mayor número controla, de cualquier modo, si todos los testigos contradictorios son creíbles, imparciales e igualmente científicos. Si todo se balancea, el juez declara no probado el hecho, presumiblemente en detrimento de la parte que tenía la carga de la prueba.³²² Cada parte puede beneficiarse de las declaraciones favorables de los testigos llamados por otras; por lo tanto, los testigos pueden crear los conflictos que ponen el asunto dentro de la discreción guiada del juez.

Chile, como Europa,³²³ utiliza el juramento de la parte llamado confesión judicial.³²⁴ La contraparte o el juez *sua sponte* requiere a una parte contestar bajo juramento sobre los hechos pertinentes, en respuesta a preguntas claras y precisas.³²⁵ En la práctica, preguntas en sobre sellado son sometidas al tribunal en una petición que requiere la resolución de posiciones. El juez lee las preguntas y el receptor anota las respuestas. El Código permite a cada parte usar la técnica dos y hasta tres veces siempre que hechos nuevos surjan durante el juicio.³²⁶ Cuando los hechos son personales del confesante, ésta puede contestar afirmándolos, negándolos u ofreciendo la excusa de olvido. Si la parte confiesa hechos perjudiciales con base en el conocimiento personal, en el juicio no se recibirá prueba alguna contra los hechos confesados,³²⁷ similar a la regla de admisión estadounidense.³²⁸

³²² No podríamos encontrar una regla explícita acerca de la carga y apreciación de la prueba en los códigos chilenos. En Venezuela simplemente se establece que "Las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hechos" (Código venezolano, art. 506). En Argentina se dispone que "Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido..." (Código argentino, art. 377). En Perú se ordena que el demandado será absuelto "si el demandante no prueba su acción" (Código peruano, art. 338), y pone la carga en las partes "para probar los hechos que aleguen" (Código peruano, art. 337). En Colombia se pone la carga sobre quienes persiguen el "efecto jurídico", el cual requiere a las partes "probar el supuesto de hecho" (Código colombiano, art. 177).

³²³ Véase, por ejemplo, *Civil Procedure in Spain*, *supra* nota 19, pp. 429-430; Certoma, G., *The Italian Legal System*, 204 (1985); Herzog, P., *Civil Procedure in France*, 358-361 (1967).

³²⁴ Código de Procedimiento Civil, arts. 385-402. Venezuela parece permitir que se tome juramento en ambos hechos materiales y hechos "decisivos"; el último es, presumiblemente, de esos que van al corazón de la controversia. Véase Código venezolano, arts. 370-387. Véase también Código peruano, arts. 363-393.

³²⁵ Código de Procedimiento Civil, arts. 385 y 386.

³²⁶ *Idem*, art. 385. Comparar Código argentino, art. 422 (una vez en primera instancia y una vez en alzada).

³²⁷ Código de Procedimiento Civil, art. 402.

³²⁸ Véase, por ejemplo, Fed. R. Civ. P. 36 (b).

Técnicamente, el juez retiene el poder para determinar lo contrario,³²⁹ pero nos han dicho que en la práctica la confesión es concluyente sobre los hechos confesados. También nos han dicho que la confesión en juicio está declinando en importancia porque en la actualidad las partes raras veces reconocen bajo juramento hechos contrarios a su interés. Abogados en Chile todavía tratan de usarla, sin embargo, porque es una oportunidad barata y sin riesgos.³³⁰ No lleva riesgos porque la respuesta negativa de la parte no prueba nada. Por ejemplo, si el demandado pregunta: "¿Admite usted que estuvo conmigo en Santiago de Chile a las nueve de la noche el 5 de junio de 1987?", la respuesta "no", curiosamente, no prueba que él no estaba allí. La negación simplemente deja el hecho sin comprobación de una manera u otra, nos dicen los abogados chilenos.

Instrumentos públicos son fuentes de prueba importantes en Chile. Estos son documentos y copias de los mismos otorgados con los requisitos que las leyes prescriben dentro de Chile³³¹ o certificadas por funcionarios públicos autorizados en el extranjero.³³² Instrumentos privados pueden ser declarados auténticos durante el juicio,³³³ pero la mayoría llegan a ser evidencia cuando las contrapartes conceden su autenticidad por falta de impugnación oportuna.³³⁴

Otros dos métodos de prueba en Chile son: la inspección ocular por el juez³³⁵ y los informes de peritos.³³⁶ La primera es similar a la que se da en la práctica estadounidense.³³⁷ En la presencia de las partes y los abogados, el juez puede viajar fuera de su judicatura para inspeccionar sitios y cosas envueltas en la controversia cuando él lo considera necesario.³³⁸ El juez oficialmente registra las circunstancias y los hechos materiales que observa, y las partes pueden hacer constar observaciones suplementarias.³³⁹ Lo que se observa y se anota se considera prueba plena.³⁴⁰

³²⁹ Código de Procedimiento Civil, art. 399.

³³⁰ En comparación, me han dicho que los abogados italianos ya no se preocupan en usar el juramento de las partes. Véase también Certoma, G., *The Italian Legal System*, 203 (1985).

³³¹ Código de Procedimiento Civil, art. 342.

³³² *Idem*, art. 345.

³³³ *Idem*, arts. 346 (1), (2), (4).

³³⁴ *Idem*, art. 346 (3).

³³⁵ *Idem*, arts. 403-408.

³³⁶ *Idem*, arts. 409-425.

³³⁷ Véase, por ejemplo, McCormick, *supra* nota 131, pp. 537-539 ("puntos de vista").

³³⁸ Código de Procedimiento Civil, art. 403.

³³⁹ *Idem*, art. 407.

³⁴⁰ *Idem*, art. 408.

El informe pericial se usa en Chile para cuestiones de hecho que requieren conocimiento especial de arte o ciencia,³⁴¹ además de puntos de legislación extranjera.³⁴² En una audiencia el tribunal determina el número de peritos necesarios, sus calificaciones y el alcance del informe.³⁴³ Si las partes no se ponen de acuerdo sobre la designación de un perito particular, el tribunal lo designará.³⁴⁴ Como en Europa,³⁴⁵ los peritos pertenecen al tribunal, no a las partes como en los Estados Unidos.³⁴⁶ Esto significa que las partes no pueden estar presentes durante las deliberaciones de los expertos, aunque las partes pueden informarlos de hechos y circunstancias pertinentes.³⁴⁷ La fuerza probatoria de las opiniones periciales se deja a la sana crítica del tribunal.³⁴⁸

9. Sentencia

Después que se cierra el término probatorio, las partes tienen diez días para someter "por escrito las observaciones que el examen de la prueba les sugiera".³⁴⁹ Estos son, presumiblemente, escritos argumentando hechos y conclusiones de derecho. Esto es evocador de las determinaciones propuestas ofrecidas por los abogados en los Estados Unidos, típica parte de nuestro juicio sin jurado (*bench trial*), y también de los argumentos finales en causas con jurados. Al final, los tribunales chilenos citan a las partes para oír la sentencia,³⁵⁰ la cual debe ser pronunciada dentro de los sesenta días posteriores al vencimiento de pruebas y escritos.³⁵¹

³⁴¹ *Idem*, art. 411 (1).

³⁴² *Idem*, art. 411 (2).

³⁴³ *Idem*, art. 414.

³⁴⁴ *Ibidem*.

³⁴⁵ Véase Von Mehren, "The Judicial Process: A Comparative Analysis", 5, *Am. J. Comp. L.*, 197, 223-224 (1956) (Francia y Alemania); Langbein, "The German Advantage in Civil Procedure", 52, *U. Chi. L. Rev.*, 823, 835 (1985); Ginsburg, R. B. y Bruzelius, A., *Civil Procedure in Sweden*, 290-291 (1965).

³⁴⁶ Véase Fed. R. Evid. 706 (d). Véase, en general, Mauet, T., *Fundamentals of Trial Techniques*, §§ 4.8-10, pp. 135-159 (1980) (sobre la preparación de abogados y examinación de expertos).

³⁴⁷ Código de Procedimiento Civil, art. 419.

³⁴⁸ *Idem*, art. 425.

³⁴⁹ *Idem*, art. 430.

³⁵⁰ *Idem*, art. 432.

³⁵¹ *Idem*, art. 162.

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:

Quando 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 policíaca 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 Bascuñan, "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 Rosen, "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 Laugbein, "Trashing the German Advantage", 82, *Nw. U. L. Rev.*, 763, 779-783 (1988).

³⁷⁹ Véase Llewcllyn, 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. Éstas 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 suposible 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 asesoramien- to 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 apela- ción chilenas, véase el texto que acompaña a la nota 424 *infra*; la pregunta es si cual- quier apelación en Chile es considerada "frívola".

⁴¹¹ Véase Código de Procedimiento Civil, arts. 186-230 (reglas de apelación); Có- digo 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: 6,588 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 esperaría 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, Cappelletti, 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 artículo

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 Abuauad, "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 incorporales". 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., *Simple 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 darse, 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 "dilatatorio".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 Esta 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