



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**EL DERECHO AL RECURSO EN EL PROCESO CIVIL: UNA MIRADA
DESDE EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN, EL DEBIDO PROCESO Y
LA TRADICIÓN JURÍDICA CONTINENTAL**

Memoria de pregrado para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

GONZALO CRUZ EBERHARD

Profesor Guía:

Nicolás Carrasco Delgado

Santiago, Chile

2020

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
---------------------------	----------

CAPÍTULO PRIMERO

DEBIDO PROCESO Y DERECHO AL RECURSO	12
--	-----------

I. EL DEBIDO PROCESO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO	12
---	-----------

A. CONCEPTUALIZACIÓN DE UNA GARANTÍA	13
--	----

B. RADIOGRAFÍA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL	18
--	----

II. DERECHO AL RECURSO COMO ELEMENTO INTEGRANTE DE UN RACIONAL Y JUSTO	
---	--

PROCEDIMIENTO.....	27
---------------------------	-----------

A. CONCEPTO DE DERECHO AL RECURSO.	30
---	----

B. CONSIDERACIONES RESPECTO AL DERECHO AL RECURSO EN CHILE.	31
--	----

<i>B.1 INEXISTENCIA DEL DERECHO AL RECURSO COMO GARANTÍA PROCESAL DENTRO DEL PROCESO CIVIL.....</i>	<i>31</i>
---	-----------

B.1.1 Ausencia de consagración del derecho al recurso como garantía procesal en el derecho internacional	31
--	----

B.1.2 Conculcación de las nuevas técnicas procesales y directrices del proceso civil.....	35
---	----

B.1.3 El retardo e ineficiencia que significan los recursos en la duración del procedimiento civil actual.....	39
--	----

B.1.4 Conclusiones	43
--------------------------	----

<i>B.2 DERECHO AL RECURSO EN EL PROCESO CIVIL. RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL.</i>	<i>44</i>
---	-----------

<i>B.2.1. La jurisprudencia internacional y sus disposiciones normativas</i>	<i>44</i>
--	-----------

<i>B.2.2. El derecho al recurso en la jurisprudencia nacional, especialmente en la justicia constitucional</i>	<i>52</i>
--	-----------

<i>B.2.3. Congruencia con las nuevas técnicas procesales en materia civil.....</i>	<i>58</i>
--	-----------

<i>B.2.3.1. La oralidad</i>	58
<i>B.2.3.2. La inmediatez</i>	62
<i>B.2.3.3. La celeridad y eficiencia como objetivos conjugables con una garantía al recurso en sede civil</i>	68

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO AL RECURSO COMO GARANTÍA DENTRO DE LA TRADICIÓN JURÍDICA CONTINENTAL Y LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL CHILENA..... 74

I. ¿A QUÉ NOS REFERIMOS CUANDO HABLAMOS DE TRADICIÓN JURÍDICA?..... 75

II. DERECHO CONTINENTAL *VERSUS* COMMON LAW 77

A. TRADICIÓN LEGAL DEL DERECHO CIVIL 77

A.1 ORIGEN DEL DERECHO CIVIL..... 79

A.2 ESTRUCTURA DEL DERECHO CIVIL..... 80

A.2.1. Clasificaciones y conceptos en la tradición del Derecho Civil 80

A.2.2. Rol que juega la norma jurídica en la tradición del Derecho Civil. 83

A.3 FUENTES DEL DERECHO CIVIL..... 85

A.3.1. La ley..... 85

A.3.2. La costumbre..... 87

A.3.3. La jurisprudencia..... 88

A.3.4. La doctrina..... 89

A.3.5. Los principios generales..... 91

B. TRADICIÓN LEGAL DEL *COMMON LAW* 92

B.1 ORIGEN DEL COMMON LAW..... 93

B.2 ESTRUCTURA DEL COMMON LAW 94

B.3 FUENTES DEL DERECHO..... 96

B.3.1. La jurisprudencia..... 96

B.3.2. La ley..... 99

B.3.3. La costumbre..... 100

B.3.4. La doctrina o razón..... 102

III. ESTRUCTURACIÓN DEL ESTADO (O DEL PODER) Y DEL PROCESO JUDICIAL 102

A.	MODELO JERÁRQUICO.....	104
A. 1.	<i>CUERPO DE FUNCIONARIOS PROFESIONALIZADOS</i>	104
A. 2.	<i>ORGANIZACIÓN JERÁRQUICA DE LOS FUNCIONARIOS</i>	105
A. 3.	<i>RESOLUCIÓN TÉCNICA DE LOS CONFLICTOS SOMETIDOS A SU CONOCIMIENTO</i>	107
B.	MODELO PARITARIO.....	109
B.1	<i>FUNCIONARIOS LEGOS Y TEMPORALES</i>	109
B.2	<i>HORIZONTALIDAD EN LA DISTRIBUCIÓN DEL PODER</i>	110
B.3	<i>ENFOQUE EN EL CONTENIDO DE LAS DECISIONES.</i>	111
IV.	EL PODER JUDICIAL Y EL PROCESO LEGAL CHILENO A PARTIR DE LA TRADICIÓN CONTINENTAL Y EL MODELO JERÁRQUICO.....	112
A.	ORGANIZACIÓN JUDICIAL CHILENA.....	112
A.1	<i>LOS JUECES DE LETRAS</i>	115
A.2	<i>LAS CORTES DE APELACIONES</i>	116
A.3	<i>LA CORTE SUPREMA</i>	117
B.	JURISDICCIÓN CHILENA: UNA CONSTRUCCIÓN AÑOSA Y JERARQUIZADA.	118
C.	DERECHO AL RECURSO COMO PROTECTOR DE LOS VICIOS ENGENDRADOS POR LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL CHILENA.	124
 CAPÍTULO TERCERO		
LOS RECURSOS EN MATERIA CIVIL: ¿EN DÓNDE ESTAMOS Y HACIA DÓNDE VAMOS?		
I.	ESTADO ACTUAL DE LOS RECURSOS EN EL ORDENAMIENTO CIVIL CHILENO	126
A.	PROCEDIMIENTO CIVIL ACTUAL	126
B.	EL PROCESO DE REFORMA AL ACTUAL PROCEDIMIENTO CIVIL Y SU VISIÓN SOBRE LOS RECURSOS EN EL PROYECTO DE LEY DEL AÑO 2012.....	129
A.1	<i>RECURSO DE APELACIÓN</i>	131
A.2	<i>SUPRESIÓN DE LA CASACIÓN EN LA FORMA</i>	133
A.3	<i>ELIMINACIÓN DE LA CASACIÓN EN EL FONDO Y CONSAGRACIÓN DE UN RECURSO EXTRAORDINARIO</i>	134

II. LA DOBLE INSTANCIA Y LAS NUEVAS TÉCNICAS PROCESALES	135
III. SATISFACCIÓN DEL DERECHO AL RECURSO CON MIRAS A UNA NUEVA JUSTICIA PROCESAL CIVIL	147
CONCLUSIONES	151
BIBLIOGRAFÍA	155

INTRODUCCIÓN

La organización judicial de un Estado, la regulación de su institucionalidad y los procedimientos mediante los cuales se ejercita la función jurisdiccional son factores que se utilizan para analizar el funcionamiento y desarrollo en cualquier sociedad mínimamente organizada.

Desde principios de la década de los noventa nuestro país ha desplegado una serie de políticas legislativas tendientes a modernizar el sistema judicial, estos proyectos se han orientado a satisfacer los estándares internacionales imperantes en la administración de justicia, enfocándose -especialmente- en las nuevas dinámicas que han adoptado las relaciones jurídicas contemporáneas.

Estas medidas se han enraizado en los dos frentes principales de la estructura judicial. Por una parte, la orgánica funcional de los tribunales y, por otra, la actualización de los distintos procedimientos existentes para el ejercicio de la función jurisdiccional. Entre las reformas más importantes se encuentran la renovación del funcionamiento de la Corte Suprema y la creación de la Academia Judicial, en la década de los noventa; la promulgación de un nuevo Código Procesal Penal, el año 2000; la promulgación de una ley de Arbitraje Internacional y los nuevos tribunales de familia, el año 2004; y la creación de los nuevos tribunales Tributarios y Aduaneros en el año 2009.

Situándonos en este mismo contexto, en octubre del año 2004 se firmó un convenio marco entre el Ministerio de Justicia y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, que se transformó en el puntapié inicial del proceso de reforma al proceso civil¹. Desde este hito hasta el presente, se han presentado dos proyectos de ley, uno el año 2009 y otro el año 2012, este último mantiene suspendida su tramitación en el Congreso Nacional.

Esta reforma posee objetivos específicos bien determinados, el Mensaje con el que se inicia el proyecto de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil es sumamente claro,

¹ Este convenio marco terminó con la elaboración de las “Bases para un nuevo sistema procesal civil en Chile”, que fue discutido en el “Foro para la reforma procesal civil”.

el afán modernizador salta a la vista a cada instante y la adecuación hacia las nuevas maneras de articular los conflictos jurídicos no le es indiferente.

Así las cosas, las técnicas procesales sobre las cuales se erige este proyecto propician las bases fundamentales sobre las que deben darse las diversas discusiones jurídicas en relación con la reforma; directrices como la oralidad, la inmediación y la concentración no son sino las luces que guiarán el camino hacia una reforma que posibiliten contar con un sistema judicial acorde a los parámetros y estándares que hoy imperan en el tráfico jurídico, más cercano a los justiciables y que propicie una función jurisdiccional transparente y con un menor porcentaje de errores.

Junto con la anterior, este proceso reformador otorga una oportunidad interesante para abordar las problemáticas procesales que se han ido verificando en el ámbito civil, muchas de las cuales ya han sido abordadas, pero sin lograr una sistematización definitiva que logre sentar las bases de una nueva regulación procesal civil. Huelga destacar que una de las razones que explican esta falta de discusión y desarrollo radica en la ausencia de disposición legislativa y administrativa para dar curso real a este proyecto, cuestión que provoca que las labores académicas devengan, muchas veces, en fútiles, toda vez que no cuentan con un horizonte fáctico al cual adecuarse o dirigirse.

Dentro de estas problemáticas, destacan el retraso excesivo en la resolución de los conflictos; el altísimo número de ingresos de causas a los tribunales; el inmenso abanico de procedimientos existentes; la delegación de funciones dentro del sistema judicial; la dificultosa ejecución de lo resuelto; y el sistema recursivo².

El presente trabajo se abocará a reflexionar sobre la reforma respecto al sistema recursivo, específicamente al debate en relación a la existencia de un derecho al recurso garantizado constitucionalmente.

Actualmente nuestro sistema procesal civil cuenta con un variado número de recursos procesales, generando un sistema recursivo amplio, general y ordinario. En este contexto, un

²Véase Mensaje con el que se despacha el proyecto que establece el nuevo Código Procesal Civil, pp. 12 – 16.

grupo importante de la doctrina nacional señala –entre otras cosas- al sistema recursivo como uno de los problemas principales respecto al proceso civil. En este sentido, sostienen que estos provocan un retraso en la solución de los conflictos de relevancia jurídica, alargando el *iter* procesal de manera injustificada, induciendo a una minimización de la importancia de las decisiones que se tomen en primera instancia, cuestión que acarrea una falta de certeza y seguridad jurídicas.

Nuestra tradición jurídica siempre ha dado por hecho la existencia de recursos procesales, sin mayor reparo, como un elemento integrante de los diversos procedimientos judiciales; no fue sino la Reforma Procesal Penal la que marcó un hito con respecto a la reflexión sobre la institución de los recursos y, en especial, sobre la función que estos cumplen en el proceso. Hoy en día puede verse que la reforma antes mencionada dio cuenta de un vuelco en el modo de ver el sistema recursivo imperante, toda vez que estos medios de impugnación han visto disminuir su importancia dentro del proceso, tendiendo a dejar de lado su generalidad, asumiendo un papel más específico y determinado.

Por medio de tres capítulos, este trabajo intentará reflexionar sobre el derecho al recurso en el procedimiento civil, pretendiendo ofrecer un panorama general sobre esta garantía, tanto respecto a su consagración positiva, nacional como internacional, como respecto de su interpretación a la luz de la configuración del poder dentro del Estado chileno y la influencia de dicha configuración en la estructuración del procedimiento civil.

El primer capítulo estará enfocado en desarrollar lo que se denominará argumento “normativo”, reconociendo el derecho al recurso como garantía fundamental, en tanto parte del debido proceso. Se desarrollarán las dos tesis que se contraponen en este sentido, por una parte, aquellas que niegan o limitan la existencia de un derecho al recurso en sede civil y, por otra, aquellas que la aceptan y reconocen como parte integrante del debido proceso. En última instancia este acápite reconocerá la existencia de un derecho al recurso en sede civil, radicado en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República (“CPR”).

El segundo capítulo se abocará a desarrollar el segundo argumento denominado “estructural”, el cual tiene por objeto fundar el reconocimiento de un derecho al recurso civil a partir de la estructura del poder en Chile y cómo dicha configuración determina

institucionalmente el procedimiento civil chileno. Se analizarán las concepciones en relación a la construcción del Estado y cómo ello se manifiesta en la construcción del procedimiento judicial. Este capítulo busca sostener la idea de que el Estado chileno ha apostado por una estructura judicial determinada, que se encuentra arraigada en la tradición jurídica continental (en contraste con el derecho anglosajón) y que, finalmente, ha impuesto en nuestra cultura una idea de proceso específica de la cual no podemos prescindir de un día para otro y que implica reconocer –entre otras cosas- la existencia de un derecho al recurso.

Por último, el tercer capítulo tiene por objeto reflejar la situación actual de los recursos en el proceso civil, tanto en el Código de Procedimiento Civil como en el proyecto de Código Procesal Civil. En este sentido, se identificarán aspectos críticos del nuevo Código Procesal Civil, tales como la modificación a la naturaleza jurídica tradicional del recurso de apelación, la supresión de la casación en la forma y en el fondo; y la incorporación de un nuevo recurso al sistema civil denominado de nulidad extraordinario. Asimismo, a modo de cierre, en este acápite se intentará desarrollar la idea de la plena compatibilidad entre las nuevas técnicas procesales con el recurso de apelación y el principio de la segunda instancia, aduciendo que dicha decisión de mantención es una decisión racional.

CAPÍTULO PRIMERO

DEBIDO PROCESO Y DERECHO AL RECURSO

I. EL DEBIDO PROCESO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Desde sus inicios, el debido proceso ha sido un concepto de difícil abordaje, lo cual se puede explicar ya sea por su origen foráneo o por el hecho de tener un contenido indeterminado. El debido proceso, concepto derivado de la institución inglesa “*due process of law*”, remonta su origen al año 1215 y su consagración en la Carta Magna inglesa³.

En nuestro ordenamiento jurídico, el debido proceso ha sido identificado como una garantía fundamental o derecho constitucional, el cual se encuentra consagrado en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, referido al derecho a la igualdad ante la justicia⁴. Dentro de este derecho fundamental coexisten una serie de garantías cuya función es -en simples términos- asegurar y propender a un adecuado funcionamiento del ejercicio jurisdiccional.

El debido proceso, por lo tanto, es un derecho fundamental consagrado en el ordenamiento jurídico chileno y reconocido como parte integrante de la Constitución Política de la República.

³ EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1999): *Los Derechos Constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p. 30. En un mismo sentido: MATURANA, Cristián. (2015): *Nociones sobre disposiciones comunes a todo procedimiento* (Apuntes de clases. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) p. 9; NAVARRO, Enrique (2011): “*El debido proceso en la jurisprudencia de Tribunal Constitucional*”, ARANCIBIA, Jaime; MARTÍNEZ, Ignacio y ROMERO, Alejandro (Coord.), *Litigación Pública*. Colección Estudios Derecho Público (Santiago, Thomson Reuters, Santiago).

⁴ BORDALÍ, Andrés (2011): “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N°2: pp. 311-337.

A. CONCEPTUALIZACIÓN DE UNA GARANTÍA

El profesor italiano LUIGI FERRAJOLI, utilizando un concepto técnico-jurídico emanado de la filosofía del derecho, ha señalado que la definición más fecunda de los *derechos fundamentales* es que estos son “(...) *los derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables.*”⁵.

Una definición tal de los derechos fundamentales solamente nos dice aquello que dichas garantías son, abstractamente, pero no nos dice nada con respecto a su contenido; pues bien, diremos aquí que dicho contenido, la sustancia de aquellas garantías concretizadas en enunciados normativos, no debe ser determinada *ex ante*, porque daría cuenta de una rigidez incompatible con las propiedades de adecuación que tiene (o debería tener) un cuerpo normativo como la Carta Constitucional. En el fondo, cualquier afán perpetuo, en clave de constitución pétrea (inmodificable), implicaría desconocer la teleología que hay detrás de un espíritu constituyente, que no es sino otorgar directrices políticas que permitan delinear horizontes compatibles con los cambios que se suceden normalmente dentro de todo ordenamiento jurídico a lo largo del tiempo, conforme van cambiando los paradigmas culturales, sociales, políticos y, por cierto, jurídicos.

Aceptar que las garantías constitucionales no poseen, en cierto sentido, un contenido predeterminado, no implica desconocer la existencia de un contenido mínimo o irreductible. Esto es lo que FERRAJOLI denomina “*esfera de lo indecible*”, es decir “*el conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías.*”⁶, esto no es sino el rasgo distintivo de la democracia constitucional, de la cual emana el concepto y razón de ser de los derechos fundamentales⁷.

⁵ FERRAJOLI, Luigi (2010): *Democracia y garantismo*. (Madrid, Editorial Trotta), pp. 42-43.

⁶ FERRAJOLI, Luigi (2010), p. 102.

⁷ FERRAJOLI, Luigi (2010), p. 104.

Retomando, el numeral 3° del artículo 19 enuncia las garantías procesales existentes dentro del ordenamiento jurídico chileno (más adelante se desarrollará de manera extensa esta idea), así las cosas, la doctrina señala que aquí se encuentra consagrado el derecho constitucional del debido proceso. Es importante detenerse y destacar que el debido proceso no se encuentra consagrado de manera explícita en la Constitución, no hay ninguna referencia (literal, ciertamente) a él en el enunciado constitucional, sin embargo, aun cuando no esté consagrado de manera positiva, no hay razón plausible para desconocerlo, nadie puede ampararse en dicha ausencia de explicitación para sostener su inexistencia; la jurisprudencia y la doctrina, como se ha manifestado, han otorgado suficientes argumentos para reconocer la consagración de este derecho; en este sentido, los autores GONZALO GARCÍA y PABLO CONTRERAS sostienen que el debido proceso es un derecho implícito, es decir aquellos que no nacen directamente de la Constitución sino que son creaciones intelectivas, preferentemente emanadas de la jurisprudencia y la doctrina⁸.

Conceptualmente, el debido proceso se ha definido por diferentes autores. GARCÍA y CONTRERAS definen el debido proceso como *“Aquel [derecho] que, franqueado el acceso a la jurisdicción, permite que el proceso se desarrolle con todas las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario.”*⁹.

PATRICIO ZAPATA, por su parte, declara que el debido proceso es *“Principio constitucional, es decir, un conjunto de ideas de índole jurídico-política cuya finalidad es darle operatividad a los valores de la libertad, la igualdad y la seguridad. Tratándose precisamente de un principio y no de una regla fija, el debido proceso admite diferentes modalidades concretas.”*¹⁰.

⁸ GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2013): *El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*. Estudios constitucionales, año 11, N°2: p.230.

⁹ GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2013), p. 257.

¹⁰ ZAPATA, Patricio (2008): *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p. 568.

Con todo, en la búsqueda de un concepto que permita abordar de la manera más completa posible la institución del debido proceso en el contexto de este trabajo, no se puede dejar de lado lo señalado por los profesores CRISTIÁN MATURANA MIQUEL y RAÚL MONTERO LÓPEZ, quienes sostienen lo siguiente:

“(...) el debido proceso más bien se refiere al conjunto de derechos y garantías ineludibles para asegurar la adecuada defensa y la tutela judicial efectiva de los individuos dentro de un Estado de derecho, permitiendo cumplir íntegramente la función constitucional de resolver los conflictos y con ello la mantención del imperio de derecho y la paz social. Así entendido, podemos aventurar señalar que el debido proceso es aquel conjunto de normas y garantías que derivan de exigencias constitucionales y tratados internacionales propias de un Estado de Derecho, y que como sustento mínimo debe considerar la realización del proceso ante un juez natural, independiente e imparcial, teniendo siempre el imputado el derecho de defensa y derecho a un defensor, la expedita resolución del conflicto, en un juicio contradictorio, en el que exista igualdad de tratamiento de la partes, pudiendo ambas partes rendir su prueba, y el derecho a recurrir la sentencia emanada de éste.”¹¹.

Del pensamiento recién citado se observan varios puntos importantes para el estudio que aquí se emprende; en primer lugar, existe una mención expresa al Estado de Derecho, cuestión que deviene en esencial al momento de referirse a los derechos o garantías fundamentales y, sobre todo, a aquellas garantías relacionadas con la función jurisdiccional, esto porque resulta claro que el debido proceso (en clave de garantía fundamental) es una de las instituciones que tiene por objeto garantizar la adecuada protección de los individuos frente al Estado; y, en segundo lugar, los autores identifican como parte integrante de aquel el derecho al recurso, elemento interesante para el desarrollo que se llevará a cabo con posterioridad.

¹¹ MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl (2010): *Derecho procesal penal*, Tomo I (Santiago, Abeledo Perrot), p.29.

Como se lee, la equívoca conceptualización del derecho al debido proceso es un rasgo característico de esta garantía, que se remota nada menos que a los orígenes de su consagración en nuestra Carta Constitucional.

Desde los tiempos de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República¹², se debatió intensamente por el contenido que tendría el derecho al debido proceso, así quedó de manifiesto en las Actas de las Sesiones 102° y 103° (en adelante las “**Actas**”), llevadas a cabo los días 14 y 16 de enero de 1975, respectivamente.

Para graficar un poco el tono del debate por aquellos años, veamos las siguientes intervenciones de los señores comisionados. ALEJANDRO SILVA BASCUÑÁN dijo “*Además, desea expresar que en cuanto al resto, le parece lógico que en lugar de hacer una simple mención, como garantía del proceso, a la racionalidad y a la justicia, que son términos precisamente susceptibles de ser manejados con diversos criterios, se definiera la descripción de qué se entiende sustancialmente por proceso racional y justo.*”¹³.

El señor SERGIO DIEZ URZÚA opinaba “*Ser partidario de que la Constitución obligue al legislador a establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento. Comparte la idea del señor Silva Bascuñán de que las palabras “racional” y “justo” pudieran ser de tal amplitud que no tuvieran la especificación necesaria para obligar al legislador en un momento determinado.*”¹⁴.

Por su parte, el señor ENRIQUE EVANS DE LA CUADRA discrepaba, señalando que:

“(…) es muy difícil señalar en el texto constitucional cuáles son las garantías reales de un debido proceso, porque es un convencido de que ellas dependen de la naturaleza

¹² Más conocida como *Comisión Ortúzar*, organismo establecido por el dictador Augusto Pinochet Ugarte y la Junta Militar en el año 1973. El nombre lo debe a su presidente, el señor Enrique Ortúzar Escobar.

¹³ Actas oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 103. 16 de enero de 1975.

¹⁴ Actas oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 103. 16 de enero de 1975.

del procedimiento y de todo el cometido de los mecanismos de notificación, defensa, producción, examen y objeción de prueba y los recursos dependen, en gran medida, de la índole del proceso. (...) De modo que el señor Evans es partidario de establecer un mecanismo que le entregue al legislador la obligación, de que cuando dicte leyes de procedimiento, consagre fórmulas que garanticen un proceso racional y justo.”¹⁵.

Con independencia de la posición que se haya materializado en definitiva en el texto constitucional, el punto es demostrar la problemática a la cual nos enfrentamos y que históricamente ha tenido la doctrina al momento de abordar las garantías fundamentales y en especial la del debido proceso.

Respecto a su contenido, el debido proceso, como señalan BORDALÍ, CORTEZ y PALOMO¹⁶, se construye a partir de lo señalado en la Constitución, sino que también recaba su sustancia de otras normas tales como los Tratados Internacionales y Convenciones sobre Derechos Humanos ratificados por Chile, los cuales se encuentran plenamente vigentes¹⁷; y también es dotada de sustancialidad a partir del contexto en la cual está inmersa y la manera en que está organizado el Estado en la que se hace aplicable.

¹⁵ Actas oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 103. 16 de enero de 1975.

¹⁶ En el mismo sentido: BORDALÍ, Andrés; CORTEZ, Gonzalo y PALOMO, Diego (2016): *Proceso Civil: Los Recursos y Otros Medios de Impugnación* (Santiago, Thompson Reuters), p. 9. En un mismo sentido: PALOMO, Diego y LORCA, Nelson (2017): *Sistema recursivo en los modelos reformados de justicia chilena: ¿Un avance o un retroceso?* DELGADO, Jordi y NÚÑEZ, Raúl (Coord.), *Recurso procesales. Problemas actuales*. (Santiago, Der Ediciones), p. 38.

¹⁷ Es preciso dejar establecido desde ya lo siguiente, que algunos Tratados Internacionales y algunas Convenciones sobre Derechos Humanos, ratificados por Chile señalen de manera clara elementos esenciales sobre el debido proceso, haciendo referencia al derecho al recurso en materia penal, no permite concluir que dicha garantía no se consagre para el proceso civil. Todo esto será pertinentemente desarrollado en este trabajo.

B. RADIOGRAFÍA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL

Como se señaló más arriba, el debido proceso es un derecho implícito y complejo, que contiene dos esferas bastantes claras, una relacionada con los límites a los poderes del Estado y la otra relacionada con los derechos de los ciudadanos en tanto justiciables. Pues bien, de todo aquello resulta que dotarlo de contenido debiese resultar inoficioso, toda vez que ello dependerá del contexto y circunstancias que rodeen el análisis que se esté haciendo, en otras palabras, el contenido del debido proceso (así como de cualquier otra garantía fundamental), dependerá del momento histórico (por llamarlo de alguna manera) que ilumine su interpretación, reflexión y estudio¹⁸.

Sin embargo, aun cuando convengamos en la naturaleza del derecho al debido proceso, ella misma posibilita que dentro de un contexto determinado (como el actual) sea posible dotarlo de contenido, sin por ello caer en la limitación o reducción de una garantía fundamental. Hacer esto no es sino determinar, identificar o clarificar qué derechos particulares integran esta garantía.

Esto implica, como lo hizo la Comisión¹⁹, abrazar conceptos amplios, tales como “*racional*” y “*justo*”, que permitan ir llenando de contenido la garantía del debido proceso conforme vayan desarrollándose los diversos contextos que iluminen los procesos legislativos y judiciales específicos. Esto se traduce en que hoy en día, como se señalará en este y en el capítulo siguiente, el debido proceso ha de interpretarse necesariamente teniendo en cuenta la manera de ejercer la función jurisdiccional, con sus excesivas cargas, con sus naturales y humanos errores, con su elevado porcentaje de delegación de funciones y con su limitada capacidad para dar respuestas óptimas a los problemas de relevancia jurídica que se someten a su decisión, permitiendo que la falibilidad humana sea mayor, por ejemplo. En

¹⁸ Es importante destacar que, en caso alguno se está sosteniendo que los derechos y garantías no contengan un núcleo esencial o irreductible, los cuales han sido, muchas veces, reivindicaciones sociales, políticas y culturales que ha conquistado, determinados momentos la sociedad en su conjunto.

¹⁹ Actas oficiales de la Comisión Constituyente. Sesión 103. 16 de enero de 1975.

este contexto, la garantía del debido proceso será justo y racional, en la medida que permita a los justiciables impugnar las decisiones judiciales que consideren erradas.

No son pocos los autores que han trabajado a efectos de desarrollar un contenido sobre el debido proceso, se destacan GONZALO GARCÍA y PABLO CONTRERAS²⁰, CRISTIÁN MATURANA MIQUEL²¹ y ANDRÉS BORDALÍ²². De sus respectivos trabajos es posible concluir que no existe una interpretación equívoca con respecto al desarrollo de su contenido, siendo, por el contrario, bastante variadas las diferentes aproximaciones al artículo 19 N°3 de la Carta Fundamental.

Los autores GONZALO GARCÍA y PABLO CONTRERAS realizan un análisis bastante sistemático de las garantías constitucionalmente reconocidas. Presentan una distinción inicial entre la tutela judicial²³ y el debido proceso, señalando que son *“los dos grandes derechos integrantes de la representación de intereses ante la justicia”*²⁴. En primer lugar, señalan que el derecho a la tutela judicial está consagrado en el artículo 19 N°3 inciso 1° de la Carta Fundamental, el cual *“asegura a todas las personas: 3.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.”*

A continuación, desarrollan conceptualmente dicha garantía estimando que:

“La noción de ‘derecho a la tutela judicial’ importa el reconocimiento de un derecho prestacional que recaba del estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela, y garantizando una

²⁰ GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2013), pp. 229-282.

²¹ MATURANA, Cristián. (2015), pp. 13-23.

²² BORDALÍ, Andrés (2011), pp. 311-337.

²³ Tal y como lo hacen BORDALÍ, Andrés (2011), p. 315 y GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2013), no referimos a la tutela judicial “a secas” para diferenciarlo del concepto utilizado en otros ordenamientos, tales como el español, que utiliza el concepto de tutela judicial efectiva, de manera tal de, como dice BORDALÍ de no importar los problemas del derecho constitucional español.

²⁴ GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2013), p. 239.

respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales.”²⁵.

En segundo lugar, estos autores definen el debido proceso²⁶ y, a continuación, señalan que

“El alcance jurídico del debido proceso se expresa en el conjunto de garantías procesales, orgánicas y penales (...) que corresponden a un entramado complejo de instituciones que pueden concurrir o no en un procedimiento legal específico.”²⁷.

Así las cosas, definidas estas dos garantías, los autores proceden a organizarlas, de tal manera de sistematizar el contenido de cada una de ellas, quedando graficado en la siguiente tabla²⁸:

Derecho a la tutela judicial	Derecho al debido proceso
1. derecho a la acción.	1. Derecho al juez predeterminado por la ley.
2. Derecho de acceso a la jurisdicción o a la justicia.	2. Derecho al juez independiente e imparcial.
3.1. Derecho a la cosa juzgada.	3. Derecho de defensa jurídica y a la asistencia letrada.
3.2. Derecho a la tutela cautelar.	4. Derecho a asesoría y defensa jurídica gratuita para las víctimas.
3.3. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.	5. Derecho del imputado a ser asistido por un defensor público.

²⁵ GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2013), p. 244.

²⁶ GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2013), p. 257.

²⁷ GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2013), p. 258.

²⁸ Véase cuadro N°2: Propuesta de distinción entre tutela judicial y el debido proceso. GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2013), pp. 238-239.

4. Derecho a la publicidad de los actos jurisdiccionales.	6. Derecho del imputado a ser gratuitamente asesorado por un traductor o intérprete.
5. Derecho a una sentencia motivada.	7. Derecho a la bilateralidad de la audiencia.
	8. Derecho al debido emplazamiento
	9. Derecho a la igualdad entre las partes
	10. Derecho a presentar e impugnar pruebas
	11. Derecho a obtener una resolución motivada sobre el fondo
	12. Derecho a la aplicación del principio de la congruencia
	13. Derecho a una revisión judicial por un tribunal superior
	13.1. Derecho a la doble instancia
	13.2. Derecho a la orden de no innovar

Por su parte, ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA, propone sostener y defender la idea que señala:

“que el derecho a la tutela judicial, que también puede entenderse como derecho a la acción o como derecho de accesos a la tribunales o derecho al proceso, debe entenderse reconocido en el artículo 19 N°3 inciso 1° de a CPR. Además sostendré que se trata de un derecho fundamental que no forma parte del derecho al debido proceso, ni el contiene otros derechos fundamental reconocidos en otras disposiciones de la Constitución.”²⁹.

El trabajo de BORDALÍ aborda el asunto desde la perspectiva de la separabilidad entre la tutela judicial y el debido proceso³⁰, algo similar a lo que hacen GARCÍA y CONTRERAS, señalando que ambos derechos comparten el carácter de garantías fundamentales

²⁹ BORDALÍ, Andrés (2011), p. 314.

³⁰ BORDALÍ, Andrés (2011), p. 314.

jurisdiccionales o procesales, mas no se relacionan en un ámbito de género a especie, es decir la tutela judicial no formaría parte del debido proceso.

En este sentido, BORDALÍ sostiene que el artículo referido expresaría el derecho al debido proceso (racional y justo procedimiento) como único derecho constitucional-procesal global y también sería recipiente del derecho a la tutela judicial, los dos serían garantías independientes aún su íntima relación³¹.

En definitiva, la posición de BORDALÍ se podría resumir en el siguiente contenido, la cual, para mayor claridad, se resume en la siguiente tabla³²:

Derecho a la tutela judicial	Derecho al debido proceso
1. Derecho de acceso a la justicia.	1. Derecho a un tribunal independiente e imparcial
2. Derecho a que un tribunal resuelva sus pretensiones conforme a derecho	2. Derecho a un juez natural
3. Derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales	3. Derecho de defensa
3.1. Respeto a la cosa juzgada	4. Derecho a un debido procedimiento
3.2. Disposición de medidas cautelares	5. Derecho a una sentencia motivada
3.3. Ejecución de las resoluciones judiciales	
4. Derecho al recurso	

En último lugar, MARIO VERDUGO MARINKOVIC, nos dice que el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República desarrolla el tema de la igualdad ante la justicia o la

³¹ BORDALÍ, Andrés (2011), pp. 319-321.

³² Tabla que es similar al Cuadro N°1: Propuesta de Bordalí. GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2013), p. 237

igualdad en la justicia³³. Asimismo, señala que cada uno de los incisos contenido en este numeral del artículo 19 posee cierta autonomía.

Para este autor, la integración de esta garantía estaría conformada por los siguientes derechos, el cual se sistematizan en la siguiente tabla para mayor claridad³⁴:

Artículo 19 N°3: Igualdad ante la justicia
1. Derecho a defensa
2. Independencia e imparcialidad del juez
3. Legalidad del tribunal
4. Actividad jurisdiccional debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado
5. Debido proceso
6. Deber de fundamentar las sentencias
7. Prohibición de presumir la responsabilidad penal
8. Principios de irretroactividad y tipicidad aplicables en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora
9. Presunción de inocencia
10. Ley penal en blanco.

Este análisis panorámico de cómo se ha entendido conformado el debido proceso y la tutela judicial efectiva es simplemente para tener una idea superficial de cómo se posicionan los diferentes elementos dentro del ordenamiento, en caso alguno pretende profundizar en un tema que por su importancia merece un tratamiento aislado. Esto no obsta a poder, como se hará, realizar un propio examen de estas garantías.

Ahora bien, para los efectos que se emprenden en este trabajo, resulta esencial poder dotar de una determinada sistematicidad a la garantía abordada, por ello, se propondrá una

³³ VERDUGO, Patricio (2011): “Síntesis jurisprudencial del artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República”, *Estudios Derecho Constitucional*, N°74: p. 196.

³⁴ VERDUGO, Patricio (2011), pp. 197-210.

determinada fisionomía para dar cuenta de la estructura del debido proceso, con particular énfasis en un racional y justo procedimiento. Todo con el afán de dar cuenta de la ubicación que tendría el derecho al recurso en todo este entramado constitucional de garantías procesales.

A efectos de este trabajo, el artículo 19 N°3 de la Constitución consagra el debido proceso, en un mismo sentido que el reconocimiento que realiza, por ejemplo, respecto del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación o del derecho a desarrollar una actividad económica, es decir, como un derecho o garantía fundamental.

Entonces bien, lo que se ha dicho no es sino dar por establecido que la Constitución asegura a todas las personas el ejercicio de la jurisdicción, tanto el ingreso a esta (derecho a la tutela judicial) como el desarrollo propiamente tal de la función jurisdiccional (derecho al debido proceso). La jurisdicción es, según el profesor CRISTIÁN MATURANA MIQUEL:

“El poder deber del Estado, radicado exclusivamente en los tribunales establecidos por la ley, para que estos, dentro de sus atribuciones y como órganos imparciales, por medio de un debido proceso, iniciado generalmente a requerimiento de parte y a desarrollarse bajo las normas de un racional y justo procedimiento, resuelvan con eficacia de cosa juzgada y eventual posibilidad de ejecución, los conflictos de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal y dentro del territorio de la República.”³⁵.

Ahora bien, se sostendrá en esta tesis, que la garantía del debido proceso está consagrada, de forma general e indeterminada, en el artículo 19 N°3 de la CPR, poseyendo un contenido esencial irreductible y cuya redacción permite su construcción en la medida que van modificándose los contextos que le dan aplicabilidad.

³⁵ MATURANA, Cristián (2012): *“Introducción al Derecho Procesal, la jurisdicción y la competencia”* (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), p. 68.

Si se quiere, y para una mayor armonía con las opiniones tratadas más arriba, se puede concebir la existencia de un debido proceso en sentido amplio, garantía la cual incorporaría la tutela judicial y un debido proceso en sentido estricto.

Entonces, habiendo definido que el debido proceso está establecido en el artículo 19 N°3 de la Constitución, es preciso dar cuenta de su contenido y, para ello, el constituyente ha establecido en los incisos de aquel numeral una serie de derechos derivados del derecho global en comentario³⁶.

Los derechos o garantías que encontramos en el artículo 19° N°3 son:

- a) Derecho a la tutela judicial: Artículo 19° N°3 inciso 1°;
- b) Derecho a la defensa letrada: Artículo 19° N°3 inciso 2°;
 - Derecho a la defensa gratuita: Artículo 19° N°3 inciso 3°;
- c) Derecho a un tribunal natural: Artículo 19° N°3 inciso 4°; y
- d) Derecho a un racional y justo procedimiento: Artículo 19° N°3 inciso 5.

Así estructurado el debido proceso, se asienta en cuatro pilares fundamentales: i) el acceso a la justicia; ii) el aseguramiento de la comparecencia de las partes debidamente representadas o defendidas; iii) el establecimiento, con anterioridad y por la ley, de un tercero imparcial y competente que resuelva el asunto; y iv) el procedimiento por medio del cual se tramitará, resolverá y ejecutará el conflicto.

Siendo el derecho al recurso una garantía que se operativiza en función de una resolución judicial dictada por un órgano jurisdiccional, es claro que su origen supone la existencia de un procedimiento y, viceversa, un procedimiento que cumpla con los parámetros establecidos en nuestro ordenamiento, supone la existencia de uno o más recursos que permitan la revisión de las resoluciones por parte de una juez o tribunal superior; por tanto, la garantía de un justo

³⁶ Vale señalar que, la individualización de las garantías integrantes del Artículo 19 N°3 han sido recogidas del análisis realizado por BORDALÍ (2011), sin embargo, se han realizado una diferente interpretación.

y racional procedimiento está compuesta, entre otras cosas, por el derecho o garantía al recurso.

Así por lo demás lo ha reconocido ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN, el que ha señalado “*es posible advertir las siguientes particularidades de un justo y racional procedimiento e investigación. (...) J. Derecho a un recurso.*”³⁷.

Este trabajo parte de la base de que el derecho al recurso existe, es real y es una garantía integrante del ordenamiento jurídico que nos hemos dado como sociedad; asimismo, se entiende que este derecho tiene un doble carácter, por un lado, se presenta como un mecanismo de control de la estructura jerárquica de nuestro Poder Judicial (cuestión que se revisará y explicará con mayor profundidad en el Capítulo II de este trabajo) y, por otro, se presenta como un derecho de los justiciables, garantía de todos aquellos que accedan, como demandantes, como demandados o como terceros, a la jurisdicción.

En conclusión, a través de articulado del 19° N°3 de la Carta Fundamental, se reconoce la existencia del derecho al recurso como garantía integrante del racional y justo procedimiento, que a su vez es parte constituyente del derecho a la jurisdicción (debido proceso), junto con otras más tales como: derecho a rendir prueba, derecho a obtener un decisión que resuelva el asunto, derecho a que la decisión sea motivada, derecho a obtener el cumplimiento o ejecución de la sentencia, derecho al efecto de cosa juzgada, etc.

En el siguiente acápite se analizará el derecho al recurso en sí mismo, como institución procesal y garantía fundamental.

³⁷ NAVARRO, Enrique (2011), pp. 23-35. Vale destacar que el autor restringe bastante su análisis al tema de las resoluciones administrativas, además señala que el sistema recursivo dependerá de cada procedimiento, de su naturaleza y de su finalidad. Por último, resalta que la consagración de un derecho al recurso en caso alguno implica la existencia de una doble instancia ni de un recurso de apelación. Todo esto será desarrollado más adelante.

II. DERECHO AL RECURSO COMO ELEMENTO INTEGRANTE DE UN RACIONAL Y JUSTO PROCEDIMIENTO.

Los recursos, como se ha mencionado, forman parte de los medios de impugnación, este concepto, se puede definir, según el procesalista uruguayo EDUARDO COUTURE, como *“Acción y efecto de atacar, tachar, refutar un acto judicial, documento, deposición testimonial, informe de peritos, etc., con el objeto de obtener su revocación o invalidación.”*³⁸.

Los recursos, junto con otros mecanismos, son los instrumentos por medio de los cuales se obtiene la impugnación de una resolución judicial³⁹. Otros medios de impugnación son, como señala CRISTIÁN MATURANA MIQUEL⁴⁰, las excepciones procesales, el incidente de nulidad, las incidencias ordinarias y especiales, la objeción de un documento, entre otras.

Con todo, no existe una definición inequívoca sobre esta institución procesal, no obstante, no son pocos los autores que han propuesto definiciones conceptuales con respecto a esta institución. El mismo COUTURE señala:

*“Recurso quiere decir, literalmente, regreso al punto de partida. Es un re-correr, correr de nuevo, el camino ya hecho. Jurídicamente la palabra denota tanto el recorrido que se hace nuevamente mediante otra instancia, como el medio de impugnación por virtud del cual se re-corre el proceso.”*⁴¹.

³⁸ COUTURE, Eduardo (1998): *Vocabulario Jurídico* (Buenos Aires, Depalma), p. 323.

³⁹ En este sentido MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián (2012): *Los recursos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición), p. 24.

⁴⁰ MATURANA, Cristián (2015): *Los recursos del Código de Procedimiento Civil en la doctrina y la jurisprudencia*. Tomo I (Santiago Thompson Reuters), p. 2.

⁴¹ COUTURE, Eduardo (2014): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Santiago, Editorial Metropolitana, cuarta edición), pp. 277-228.

El mismo autor propone una definición de recurso señalando que son “(...) *genéricamente hablando, medios de impugnación de los actos procesales. Realizado el acto, la parte agraviada por él tiene, dentro de los límites que la ley le confiere, poderes de impugnación destinados a promover la revisión del acto y su eventual modificación.*”⁴².

Otra definición sobre esta institución procesal la podemos ver en los autores JUAN MONTERO AROCA y JOSÉ FLORS MATÍES, quienes señalan que los recursos son:

*“Aquellos medios de impugnación por los que quien es parte en el proceso pretende un nuevo examen de las cuestiones fácticas o jurídicas resueltas en una resolución no firme que le resulta perjudicial, a fin de que, o bien sea modificada o sustituida por otra que le favorezca o bien sea anulada.”*⁴³.

Por último, MARIO MOSQUERA y CRISTIÁN MATURANA MIQUEL definen el recurso como

*“Acto jurídico procesal de parte o de quien tenga legitimación para actuar, mediante el cual impugna una resolución judicial no ejecutoriada, dentro del mismo proceso que se pronunció, solicitando su revisión a fin de eliminar el agravio que sostiene se le ha causado con su pronunciamiento.”*⁴⁴.

A partir de las definiciones transcritas de *recurso*, se puede construir un concepto a partir de sus elementos básicos⁴⁵, los cuales son:

⁴² COUTURE, Eduardo (2014), p. 227.

⁴³ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍE, José (2009): *El recurso de casación civil* (Valencia, Tirant lo Blanch tratados), p.18.

⁴⁴ MOSQUERA, Mario. y MATURANA, Cristián (2010), p. 21.

⁴⁵ MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián (2010), p. 21. En un mismo sentido: MATURANA, Cristián (2015), p. 4 y BORDALÍ, Andrés; CORTEZ, Gonzalo y, PALOMO, Diego (2016), pp. 6-9.

- i. **Reconocimiento:** El recurso tiene que estar consagrado en la ley, debe establecerse el Tribunal que debe conocer de él y, además, tiene que determinarse el procedimiento para su resolución;
- ii. **Emanado de parte:** Es un acto jurídico procesal de parte, lo cual implica una prolongación del derecho a la acción en el proceso, lo que implica que debe descartarse la idea de concebirlo como una facultad propia, que pueda ser ejercida por un tribunal;
- iii. **Agravio:** Este concepto resulta esencial ya su eliminación es el objeto que persigue todo recurso;
- iv. **Estado de la resolución:** La resolución contra la cual va dirigido el recurso no debe estar ejecutoriada, toda vez que la interposición de un recurso impide la terminación del proceso, obstaculizando así el carácter de cosa juzgada que podría adquirir la resolución o sentencia; y
- v. **Finalidad determinada:** El fin propuesto con la interposición de un recurso es la modificación, sustitución o anulación de la resolución.

En términos algo más simples que los anteriores, MARIO CASARINO VITERBO realiza una enumeración de los elementos básicos reconocidos en todo recurso⁴⁶. Estos son la existencia de una resolución judicial, que es el objeto del recurso intentado; la existencia de un tribunal, quien dictó la resolución atacada; la existencia de otro tribunal llamado a conocer del recurso presentado, que puede ser el mismo que dictó la resolución u otro distinto; una parte agraviada con la resolución; y, por último, una nueva resolución que zanje el asunto planteado en el recurso.

A mayor abundamiento, según el profesor CASARINO:

“Los recursos procesales tienden a evitar que las resoluciones judiciales adquieran el carácter de firmes o inmutables, mientras exista la posibilidad de subsanar cualquier

⁴⁶ CASARINO, Mario. (2010): *Manual de Derecho Procesal*. Tomo IV, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición), p. 129.

error o injusticia que pueden contener, por haberse desviado el juez de los medios y de los fines previstos por el legislador, al confiar el ejercicio de la jurisdicción a los órganos judiciales.”⁴⁷.

A. CONCEPTO DE DERECHO AL RECURSO.

Como ya se dijo, el concepto de *recurso* no posee una definición unívoca, por lo tanto, se asume que el concepto de *derecho al recurso* tampoco poseerá tal determinación. En este contexto resulta difícil abordar esta garantía como si fuese una institución aceptada generalmente.

Una definición que puede iluminar este trabajo es la presentada por HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, quien sostiene que el *derecho al recurso* es “(...) *aquel derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso a cualquier título y condición, para que se corrijan los errores del juez que le causan gravamen o perjuicio.*”⁴⁸. En Chile los autores BORDALÍ, CORTEZ y PALOMO, han propuesto la misma definición anteriormente expuesta⁴⁹.

Sin embargo, aun cuando haya autores que no duden en reconocer una garantía como la que estamos comentando, no son pocos aquellos que la niegan o lo limitan, en el contexto del procedimiento civil. Por ese motivo, resulta esencial discurrir sobre cómo se ha abordado la discusión sobre la existencia de una garantía o derecho al recurso en nuestro ordenamiento.

A continuación, esta memoria se enfocará en determinar los argumentos que se han expuesto para justificar la negación de la existencia de un derecho al recurso en el proceso civil. En un segundo paso, se presentará el por qué se estima que los argumentos vertidos no

⁴⁷ CASARINO, Mario (2010), p. 130.

⁴⁸ ECHANDÍA, Devis (2002): *Teoría General del Proceso. Aplicable a toda clase de proceso* (Buenos Aires, Editorial Universidad), p.506.

⁴⁹ BORDALÍ, Andrés; CORTEZ, Gonzalo y, PALOMO, Diego (2016), p. 9.

son correctos y, por último, se desarrollarán los argumentos que permitan defender la idea sobre la existencia y reconocimiento de la garantía recursiva aquí tratada.

B. CONSIDERACIONES RESPECTO AL DERECHO AL RECURSO EN CHILE.

B.1 INEXISTENCIA DEL DERECHO AL RECURSO COMO GARANTÍA PROCESAL DENTRO DEL PROCESO CIVIL.

Como se señaló, la doctrina chilena ha estado lejos de estar conteste en cuanto a la existencia de un derecho al recurso. Un sector de la doctrina -como hemos adelantado- ha negado que pueda predicarse el derecho al recurso como una de las garantías que rodean al proceso civil en nuestro país.

Para abordar esta posición doctrinaria serán analizados tres argumentos que se han dado para negar el derecho al recurso en sede civil: a. La ausencia de consagración en los instrumentos internacionales; b. La contradicción con las nuevas técnicas que se intentan consagrar en el proceso civil; y c. El retardo y la ineficiencia que los recursos generan en el desarrollo del proceso.

B.1.1 Ausencia de consagración del derecho al recurso como garantía procesal en el derecho internacional

La ausencia de disposición normativa en el plano internacional respecto del derecho al recurso en el proceso civil se ha utilizado como el primer y principal argumento para negar la existencia y reconocimiento de esta garantía.

En términos generales, el argumento postula que los tratados y herramientas internacionales aplicables a esta materia dan cuenta de garantías procesales de carácter –

principalmente- penal, no así garantías procesales civiles, por lo tanto, dicha consagración unidireccional no es reconducible al proceso civil.

Así, por ejemplo, CRISTIÁN RIEGO, MAURICIO DUCE, CLAUDIO FUENTES y RAÚL NÚÑEZ OJEDA han utilizado esta argumentación señalando que el derecho al recurso sería una garantía predicable exclusivamente del proceso penal y no así del proceso civil.

A fines de 2015 y principios de 2016 estos autores sostuvieron, en una columna titulada *“El derecho al recurso y el proceso civil”*, publicada en la plataforma *online* El Mercurio Legal, que el derecho al recurso en el proceso civil no era una obligación para los Estados, ya que *“Una revisión de los tratados internacionales en materia de derechos humanos permite afirmar que el derecho a recurrir en juicios civiles no es un derecho reconocido por dichos tratados y, por ende, los Estados tienen la libertad para establecer o no formas de impugnación considerando distintos criterios y necesidades”*⁵⁰.

Estos autores señalan que el derecho al recurso está reconocido únicamente para el proceso penal, ya que así lo explicitan los diversos instrumentos internacionales que citan, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante **“CADH”**) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante **“PIDCP”**) y que, por tanto, los Estados serían libres de consagrar o no un recurso o recursos en todo otro proceso que no sea el proceso penal.

En un reciente trabajo publicado con ocasión de las V Jornadas Nacionales de Derecho Procesal desarrolladas en la Universidad de Talca, en octubre de 2016, CLAUDIO FUENTES y CRISTIÁN RIEGO volvieron sobre esta posición, desarrollando con mayor extensión sus ideas respecto a este tema. En esta ocasión se plantearon la pregunta acerca de la existencia de un

⁵⁰ DUCE, Mauricio, FUENTES, Claudio, NÚÑEZ, Raúl y RIEGO, Cristián (2015): “El derecho a un recurso y el proceso civil”, El Mercurio Legal, 18 de diciembre de 2015. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2015/12/18/El-derecho-a-un-recurso-y-el-proceso-civil.aspx>

derecho al recurso en sede civil y cuál sería su posición dentro del ordenamiento jurídico chileno. Esta interrogante fue expuesta en base a contraponer la visión del recurso como derecho fundamental versus la concepción del recurso como dependiente de la voluntad política, es decir dependiente del legislador de turno. Los autores debatieron acerca de si acaso resulta correcto concebir al recurso como un derecho fundamental y, ante ello, respondieron negativamente⁵¹.

FUENTES y RIEGO abordan la discusión desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos (asumiendo que el gran argumento de aquellos que reconocen(mos) una garantía al recurso radica en los tratados internacionales). Su argumento dice que lo dispuesto en la CADH, en su artículo 8.2. letra h), y en el PIDCP, en su artículo 14.5, no alcanzan a los procedimientos civiles, puesto que de su claro tenor literal se concluye que solamente es reconocible este derecho en los procedimientos penales⁵².

Concluyen estos autores que el tema recursivo en sede civil está entregado, de manera exclusiva, al Legislador, quien no tendría ningún obstáculo, freno o contrapeso para su implementación, pudiendo incluso eliminarlos⁵³.

En un mismo sentido, los autores RAÚL NÚÑEZ OJEDA y PABLO BRAVO HURTADO, también utilizan el argumento “internacionalista” para efectos de desacreditar la existencia de un derecho al recurso en sede civil. Estos autores señalan “*En lo que respecta al proceso civil adherimos a la tesis de que el en el ámbito del derecho procesal civil no existe un derecho al recurso como ocurre en el proceso penal.*”⁵⁴.

⁵¹ FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristián (2017): “El debate sobre los recursos en materia civil y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos”, en DELGADO, Jordi y NÚÑEZ, Raúl (Coord.), *Recurso procesales. Problemas actuales* (Santiago, Der Ediciones), pp.296-314.

⁵² FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristián (2017), p. 298.

⁵³ FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristian (2017), p. 298.

⁵⁴ NÚÑEZ OJEDA, Raúl y BRAVO, Pablo (2017): “Hacia una reforma global del sistema de recursos ante las Cortes de Apelaciones: Una primera aproximación” en DELGADO, Jordi y NÚÑEZ, Raúl (Coord.) *Recurso procesales. Problemas actuales* (Santiago, Der Ediciones), p. 96.

Para fundamentar su opinión sostienen que las herramientas internacionales, tales como la CADH y el PIDCP, son bastante claras y no dan margen a una interpretación extensiva de la garantía recursiva, así disponen:

“Sin embargo, la revisión de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ‘permite afirmar que el derecho a recurrir en juicios civiles no es un derecho reconocido por dichos tratados y, por ende, los Estados tienen la libertad para establecer o no formas de impugnación considerando distintos criterios y necesidades’. En ese contexto, tanto la CADH como el PIDCP, consagran la garantía del derecho al recurso restringida al ámbito de la justicia criminal.”⁵⁵.

RAÚL NÚÑEZ OJEDA, ahora con ÁLVARO PÉREZ RAGONE, vuelven sobre este punto, manifestando que la pregunta acerca del derecho al recurso supone un tema que pone de manifiesto la existencia o no de una *“inflación de garantías”*⁵⁶.

Por último, el mismo NÚÑEZ OJEDA, en conjunto con NICOLÁS CARRASCO y MARTÍN CORONADO, en un reciente trabajo, han insistido sobre esta posición, señalando que *“En lo que respecta al proceso civil, adherimos a la tesis de que en el ámbito del derecho procesal civil no existe un derecho al recurso como ocurre en el proceso penal.”*⁵⁷.

Fundamentan su posición, entre otras razones (como se verá más adelante), en que los tratados internacionales, utilizados como argumento por los defensores de esta garantía en el proceso civil, no contemplan el derecho al recurso en el proceso civil, sino que solo en el

⁵⁵ NÚÑEZ OJEDA, Raúl y BRAVO, Pablo (2017), p. 96.

⁵⁶ OJEDA NÚÑEZ, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro (2015): “Manual de derecho procesal civil. Los medios de impugnación” (Santiago, Thompson Reuters), p.16.

⁵⁷ NÚÑEZ OJEDA, Raúl; CARRASCO, Nicolás y CORONADO, Martín (2018): “Compatibilidad entre debido proceso y eficiencia: su aplicación al régimen de apelación en el proceso civil chileno” *Revista de Derecho*, Vol. XXXI, N°2: p. 214.

proceso penal y, específicamente, en favor del imputado. Por otro lado, sostienen que normativamente esta garantía no es reconocible, ni en el derecho interno ni externo, por último, señalan que las tendencias comparadas se dirigen a la restricción del derecho al recurso⁵⁸.

La posición de todos los autores analizados es clara, para ellos no existe un derecho al recurso en sede civil, sino que sólo en materia penal. Sus fundamentos radican en que los Estados poseen libertad al momento de configurar el sistema recursivo, pudiendo limitarlos como deseen, potenciando el juicio de instancia y la resolución expedita de los conflictos, mejorando la motivación de las sentencias, todo en el contexto de que el derecho internacional de los derechos humanos sólo contempla dicha garantía en sede penal y no así en sede civil⁵⁹.

B.1.2 Conculcación de las nuevas técnicas procesales y directrices del proceso civil

Un segundo argumento utilizado para sostener que no existe un derecho al recurso en el proceso civil emana de las nuevas corrientes procesales en torno a la forma del proceso. El argumento supone que el posicionamiento del procedimiento civil sobre los pilares de las nuevas técnicas procesales (i.e. oralidad, la inmediación, la concentración, la continuidad y la publicidad) pugnaría con la consagración de un sistema recursivo general (como el actual), toda vez que atentaría contra la esencia misma del procedimiento.

⁵⁸ NÚÑEZ OJEDA, Raúl; CARRASCO, Nicolás y CORONADO, Martín (2018), pp. 215-217.

⁵⁹ OJEDA NÚÑEZ, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro (2015), pp. 16-17.

Así lo ha declarado la doctrina que se ha manifestado sobre este tema, tal y como dice PALOMO:

“Por su parte, la doctrina nacional que se ha pronunciado en el tema, tomando como base los planteamientos realizados a propósito de la reforma procesal penal, ya desde hace varios años, ha destacado y asumido la necesidad “ineludible” de lograr establecer un sistema que resulte “compatible”, “consistente” y “coherente” técnicamente con las características y particularidades de un modelo procesal oral, cambiando el paradigma tradicional imperante en esta materia y salvando por tanto ese gran escollo dogmático.”⁶⁰.

En ese sentido, la doctrina ha venido reflexionando en torno a lo añejo y descontextualizado de nuestro procedimiento civil, el cual no responde a las actuales necesidades en la administración de justicia y que, como señala NÚÑEZ OJEDA, *“no se ajusta a las necesidades prácticas ni dogmáticas de la sociedad chilena (...)”⁶¹.*

Se ha sostenido que los nuevos fundamentos del proceso civil deberían estar enfocados - como se adelantó- en la oralidad, la inmediación y la concentración, principalmente⁶². Solo de esta manera podríamos lograr construir un sistema de justicia civil acorde a los regímenes y estándares del derecho comprado, que logre cumplir con las garantías del debido proceso.

⁶⁰ PALOMO, Diego (2010): “Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite”, *Estudios Constitucionales*, Año 8, N°2: pp. 467-468.

⁶¹ NÚÑEZ OJEDA, Raúl (2005): “Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios)”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N°6: p. 176.

⁶² DELGADO CASTRO, Jordi (2011): “Aproximaciones a los principios de la reforma procesal civil”, *Revista chilena de derecho y ciencia política*, Vol. 2, N°2: pp. 200-201. En un mismo sentido: PALOMO, Diego (2009): “Las marcas del proceso oral y escrito diseñado en el anteproyecto de nuevo CPC chileno”, *Revista de Derecho*, Vol. 36 N°3: p. 635.

En este contexto, uno de los argumentos que se ha planteado por este sector doctrinario dice relación con la idea de que el sistema recursivo actual no sería viable o compatible bajo un proceso civil basado en las técnicas procesales antes mencionadas.

Antes de desarrollar las ideas sobre cómo esta idea de incompatibilidad se justifica para este sector de la doctrina, es preciso transparentar la posición de este trabajo, la que pueda estar en entredicho por el lector.

Como la doctrina bien ha concluido, el sistema procesal civil actual presenta una serie de deficiencias que no permiten cumplir con los estándares que como sociedad reclamamos de la justicia civil. En ese sentido, este trabajo es consciente de que la justicia civil se encuentra en un estado de necesaria reformulación. Se reconoce, por lo tanto, la necesidad de modificar una serie de aspectos que permitan solucionar los problemas a los cuales nos hemos venido enfrentando en el último tiempo.

No obstante, este trabajo no sucumbe ante la demonización del sistema imperante y a la correlativa santificación de la oralidad y sus caracteres subyacentes, en tanto solución a todos los problemas procesales existentes. Tan sólo considera que se requieren modificaciones, pero basadas en criterios de razonabilidad práctica, que dirijan la mirada hacia la estructura y capacidad de un país como el nuestro y que no se dediquen a replicar modelos extranjeros por un afán simplemente progresista.

Transparentada la posición de este trabajo, que será retomada en un momento posterior, es preciso dar cuenta de la manera en cómo se ha justificado o probado que las nuevas técnicas procesales del procedimiento civil no podrían convivir con un sistema recursivo como el que en la actualidad tenemos, sino solamente con un recurso extraordinario que permita llevar ante un tribunal superior juicio específicos, contados con los dedos de una mano.

Ahora bien, uno de los más asiduos críticos de la mantención de los recursos (ordinarios) en un nuevo modelo procesal civil es RAÚL NÚÑEZ OJEDA, quien ha sostenido

*“Otro punto de mucho interés es el relativo a los recursos procesales. En nuestra opinión, se debería avanzar hacia una supresión del sistema de la doble instancia. (...) Efectivamente, la existencia de la doble instancia es incompatible con la vigencia del principio de oralidad, inmediación, concentración y con el sistema de apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica.”*⁶³.

Pero este autor no se queda acá, sino que va más allá, afirmando que *“En nuestra opinión, el recurso de nulidad (casación ampliada) es el único compatible con los principios de la oralidad, inmediación y concentración de actuaciones.”*⁶⁴.

La oralidad, con sus consecuencias procesales necesarias (inmediación y concentración, entre otras), correría riesgos de implementación ante la existencia de un sistema de recursos como el actual. Pero, específicamente, es la inmediación la técnica que mayor complejidad supone, ya que uno de los horizontes que se busca con la reforma es el acercamiento del ejercicio de la jurisdicción a los justiciables y una de las maneras de hacerlo es acercando al juez a los litigantes y ello se traduce en que este se inmiscuya directamente en cada una de las actuaciones que se lleven a cabo dentro del proceso y que, además, sea él quien directamente dicte la sentencia. Esto es lo que PALOMO ha llamado inmediación en *sentido amplio* y en *sentido estricto*⁶⁵.

Lo anterior se grafica preferentemente en las actuaciones probatorias que se verifiquen en un proceso civil. El argumento dice relación con que el establecimiento de recursos que

⁶³ NÚÑEZ OJEDA, Raúl (2005): p. 185. En un mismo sentido: NÚÑEZ OJEDA, Raúl (2008): “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo”, *Revista Ius et Praxis*, Año 14, N°1: p. 213.

⁶⁴ NÚÑEZ OJEDA, Raúl (2005): p. 185.

⁶⁵ PALOMO, Diego (2010), pp. 474-475.

permitan conocer los hechos y el derecho por un tribunal superior implicaría que las diligencias probatorias llevadas a efecto ante el juez de primera instancia no cumplirían con los estándares del procedimiento, ya que la inmediación se vería conculcada, debido a que el tribunal superior no habría estado presente o no habría accedido directamente a las diligencias.

En ese contexto, la oralidad, la inmediación y la concentración no estarían siendo protegidas con el establecimiento de un sistema recursivo como el actual, los nuevos parámetros de la justicia civil, como señalan los autores citados NÚÑEZ OJEDA, CARRASCO y CORONADO, se verían menoscabos⁶⁶.

En conclusión, esta posición señala que la consagración de estas técnicas procesales impide reconocer un sistema recursivo de carácter ordinario, ya que los nuevos aires del proceso civil, tanto en Chile como a nivel comparado, parecen indicar una retirada de los recursos, dando paso a la constitución de un nuevo sistema amparado por las técnicas ya mencionadas.

B.1.3 El retardo e ineficiencia que significan los recursos en la duración del procedimiento civil actual

La duración de los procedimientos es uno de los temas que ha generado más ruido a la hora de justificar la necesidad de modificar o reformar el procedimiento civil actual.

Por ejemplo, NÚÑEZ OJEDA denunciaba hace tiempo la lentitud de nuestro procedimiento civil:

“Tan sólo basta medir la eficiencia del proceso civil para apreciar la magnitud del problema. Todos los usuarios del sistema de justicia civil en Chile saben que nuestra

⁶⁶ NÚÑEZ, Raúl; CARRASCO, Nicolás y CORONADO, Martín (2018), p. 217.

justicia es lenta. Con todo, el que algunas causas de mayor complejidad puedan alcanzar una duración mayor a los diez años y que la gran mayoría de las que se tramitan en un juicio ordinario no termine, si se interpone un recurso extraordinario de casación, antes de los cinco años en la Región Metropolitana (...) nos presenta una situación insostenible en una sociedad moderna.”⁶⁷.

La existencia de recursos -señalan- implica que los juicios se dilaten, lo que trae aparejado que la resolución se postergue en el tiempo, lo que provoca, a su vez, que las sentencias pierdan el valor esperado para los litigantes, debido a que al momento de su dictación no tienen el mismo impacto. Esto vulneraría las garantías básicas de los justiciables, como recibir justicia en tiempo oportuno, por ejemplo.

Así lo ha sostenido NÚÑEZ OJEDA y PÉREZ RAGONE, quienes han sostenido que *“Además existe una razón de economía procesal, limitar los recursos permite reducir la duración de los juicios.”⁶⁸.*

El mismo autor, pero en otro trabajo y junto a BRAVO, ha sido más claro en su posición respecto al tiempo y su extensión en los juicios debido a los recursos, señalando:

“El tiempo es un factor que merece un análisis aparte. La interposición de recursos alarga la duración de los procedimientos tanto en Chile como en el derecho comparado. (...) Pero el recurso en sí implicará una cantidad de tiempo adicional a la sola tramitación en el primer grado jurisdiccional. Ahora bien, el retraso en la duración de los juicios es, desde un punto de vista económico, un tipo de costo para el litigante y, por lo tanto, reduce la demanda por justicia. El aforismo “justicia tardía es justicia denegada” refleja correctamente desde un punto vista económico el

⁶⁷ NÚÑEZ OJEDA, Raúl (2005), p. 177.

⁶⁸ OJEDA NÚÑEZ, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro (2015), p. 17.

fenómeno que para un litigante va perdiendo valor una sentencia, aun siendo favorable, a medida que es dictada con cada vez menos demora.”⁶⁹.

Es evidente la posición sostenida, los recursos generan, por su naturaleza, mayor tiempo de discusión (litigio) y ello, bajo los principios actuales del proceso civil y el prisma de la celeridad en la resolución de los conflictos, no es tolerable, por lo tanto, reconocer un derecho al recurso sería contradecir las nuevas direcciones que ha tomado el derecho procesal civil.

Sin embargo, no tan solo la duración de los juicios se vería afectada por la existencia de recursos, sino que también la eficiencia del ejercicio jurisdiccional se vería socavada.

NÚÑEZ OJEDA y BRAVO presentan este planteamiento señalando que en un país como el nuestro se hace necesaria la evaluación constante de la eficiencia con la cual se proveen los servicios públicos y, en tal sentido, el sistema judicial es uno de los servicios públicos que son ofrecidos por el Estado, por ende es necesaria su evaluación en términos de la eficiencia con que son ejecutados⁷⁰.

A continuación, aplican el Análisis Económico de Derecho Procesal (en adelante “**AEDPR**”), para dar cuenta que bajo este análisis el área jurídica del derecho procesal debe tender a buscar dos objetivos primordiales (i) la reducción de los costos del sistema judicial (costos administrativos) y (ii) la reducción de los costos del error (costos del error)⁷¹.

Entonces bien, enfocados en una concepción economicista, con la eficiencia como estandarte esencial, estos autores construyen su análisis orientando a sostener que la meta de toda actividad es maximizar los beneficios y, obviamente, reducir los costos asociados al ejercicio de dicha actividad. En el ejercicio jurisdiccional sucede lo mismo y, en éste

, el fenómeno de los recursos procesales se vuelve paradigmático.

⁶⁹ NÚÑEZ OJEDA, Raúl y BRAVO, Pablo (2017), p. 93.

⁷⁰ NÚÑEZ OJEDA, Raúl y BRAVO, Pablo (2017), p. 89.

⁷¹ NÚÑEZ OJEDA, Raúl y BRAVO, Pablo (2017), p. 89.

NÚÑEZ y BRAVO, atendido a que una de las metas de AEDPR es la reducción de los errores y una de las herramientas fundamental para ello son los recursos procesales, se preguntan si acaso la utilización de los recursos procesales responde a una lógica privada o pública, de aquella respuesta dependerá el financiamiento que se le dé, sostienen.

Concluyen señalando que -como ya citamos- “*justicia tardía es justicia denegada*”, por lo tanto, contemplar un derecho amplio a impugnar o el establecimiento de un sistema recursivo general, obstaría a otorgar justicia de manera rápida, con prescindencia del interés público (basado en los derechos de los justiciable fuera de obtener una pronta decisión) que pueda haber en el hecho de la revisión de una sentencia.

Otros autores como CARRASCO y CORONADO, junto a NÚÑEZ OJEDA, también basados en el AEDPR, han sostenido que uno de los factores esenciales al momento de analizar un recurso o un sistema recursivo es el tiempo, toda vez que “*Uno de los factores que inciden en que la respuesta jurisdiccional no sea lo suficientemente oportuna dice relación con que la construcción de la decisión jurisdiccional contempla, por regla general dos instancias.*”⁷². Así las cosas, estos autores también consideran que un sistema recursivo amplio y general conlleva necesariamente la prolongación, innecesaria en el tiempo, de los litigios civiles.

Sin embargo, estos autores van más allá respecto al AEDPR, proponiendo cambiar el foco, apuntando no tan sólo -como se dijo- a la celeridad en la respuesta del órgano jurisdiccional, sino que agrega un límite infranqueable, el respeto a la garantía del debido proceso⁷³.

Esta posición puede verse mejor desarrollada por NICOLÁS CARRASCO DELGADO⁷⁴, quien propone en análisis del tema a partir de la ponderación de dos tipos de costos: (i) los costos

⁷² NÚÑEZ, Raúl; CARRASCO, Nicolás y CORONADO, Martín (2018), p. 219.

⁷³ NÚÑEZ, Raúl; CARRASCO, Nicolás y CORONADO, Martín (2018), p. 220.

⁷⁴ CARRASCO, Nicolás (2017): “La eficiencia procesal y el debido proceso”, Revista de Derecho Privado, N°32: pp. 443-469.

administrativos; y (ii) el costo del error judicial. Desde esta perspectiva señala que la ponderación de estos dos costos no puede ser en base a una función de minimización, como tradicionalmente se ha analizado, sino que tiene que materializarse a partir de una función de optimización.

Así las cosas, el autor concluye sosteniendo que dada la constatación de la relación inversamente proporcional entre los dos tipos de costos “(...) *hemos desarrollado un tratamiento de óptimo de los costos procesales relevantes. Al concepto resultante lo hemos denominado óptimo procesal, que corresponde al objetivo ideal que debe perseguir todo legislador al momento de formular reglas adjetivas.*”⁷⁵. Sin embargo, a renglón seguido señala que dicho óptimo no puede franquear un límite, el cual está dado por el respeto de las exigencias del debido proceso.

B.1.4 Conclusiones

Los argumentos que fueron recientemente expuestos son los argumentos más relevantes para dar un panorama general de la posición doctrinaria que rechaza y niega la existencia de un derecho o garantía al recurso en sede civil.

No obsta a este trabajo reconocer que los argumentos vertidos por este sector doctrinario tienen completo sentido y se vislumbran como cuestionamientos sólidos a la consagración de un derecho al recurso en sede civil, sin embargo, a continuación, se procederá a exponer por qué los argumentos explorados no logran justificar el rechazo a reconocer la existencia del derecho al recurso como garantía fundamental.

En este contexto, se expondrán los diversos fundamentos que permiten a este trabajo apoyar la posición que favorece a la existencia de un derecho al recurso en sede civil, dando cuenta de que no es necesaria la consagración normativa expresa del derecho al recurso civil

⁷⁵ CARRASCO, Nicolás (2017), p. 467.

en materia internacional, bastando su reconocimiento por los Tribunales Internacionales; por otro lado, la existencia de la garantía en comento en caso alguno vulneraría las nuevas técnicas del proceso civil y; por último, se expondrá que los recursos no generan una dilación excesiva en la tramitación de los juicios y que la apuesta por mayor celeridad, es compatible con un procedimiento más eficiente y que sea acorde con los derechos de los justiciables en el contexto del debido proceso.

B.2 DERECHO AL RECURSO EN EL PROCESO CIVIL. RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL.

En este apartado se procederá a defender la idea fuerza del presente trabajo, esto es la defensa de la existencia de la garantía al recurso en nuestro ordenamiento jurídico, de manera amplia, y no tan solo reconocible en el derecho procesal penal.

Para una exposición más clara y sistemática, se dividirá el análisis en cuatro capítulos: a. La jurisprudencia internacional y sus disposiciones normativas; b. El derecho al recurso en la jurisprudencia nacional, especialmente en la justicia constitucional.; c. Congruencia con las nuevas técnicas procesales en materia civil; y d. La celeridad y eficiencia como objetivos conjugables con una garantía al recurso en sede civil.

B.2.1. La jurisprudencia internacional y sus disposiciones normativas

Antes de proceder al análisis de la jurisprudencia internacional interamericana en materia de recursos, es preciso hacer un breve paréntesis y analizar los argumentos que ha expuesto un sector doctrinario con respecto a esta temática que, con independencia a la adhesión a la posición final de este trabajo, no compartimos del todo.

El autor WILLIAMS VALENZUELA adscribe a la postura que afirma la existencia de un derecho al recurso en el proceso civil, señalando -correctamente- que este derecho se encuentra integrado en el debido proceso, específicamente, en la garantía de un racional y

justo procedimiento. Sin embargo, el autor también reconoce este derecho en los Tratados Internacionales que hemos mencionado (artículo 8.2. letra h) de la CADH y el artículo 14.5. del PIDCP), concluyendo que una interpretación literal permitiría reconocer consagrado el derecho al recurso en ellos⁷⁶. Esta opinión fue reiterada en una columna de opinión, en donde señaló *“Doctrinariamente, se ha señalado en forma expresa que el derecho al recurso, cuya fuente formal es el artículo 8.2.h. de la CADH, recibe aplicación a todo proceso. Así, las garantías del numeral 2 del artículo 8° se entienden aplicables a dichas materias, incluso, por una interpretación literalista, donde encontramos dos frases separadas por un punto.”*⁷⁷.

Estimamos que dicho argumento no es correcto. La interpretación aportada por el autor referido se presenta sumamente alambicada, desenfocando el foco esencial de la discusión. Una simple lectura del enunciado normativo da cuenta de manera cierta que lo que allí se reconoce es efectivamente el derecho al recurso en el proceso penal, sin hacer referencia al proceso civil ni a ningún otro proceso⁷⁸, lo cual no implica, por cierto, que se esté negando su existencia en el proceso civil. Si bien, bajo la interpretación algo confusa y rebuscada de VALENZUELA podría llegar a decirse lo contrario, no es necesario llegar a tales niveles de interpretación para poder sustentar la existencia de un derecho al recurso en el proceso civil. Esto es, precisamente, lo que busca este trabajo, dotar de argumentos de mayor simplicidad que permitan de igual manera argumentar en favor de la garantía recursiva aquí defendida.

Este trabajo no se vale de la interpretación literal de los preceptos internacionales citados, así, aun cuando concluyamos lo mismo (reconocer el derecho al recurso en sede civil) lo hacemos por caminos distintos.

⁷⁶ VALENZUELA, Williams (2013): “Reflexiones sobre el derecho al recurso a partir de la sentencia “Mohamed vs. Argentina””, *Estudios Constitucionales*, Año 11, N°2: p. 728.

⁷⁷ VALENZUELA, Williams (2016): Garantías del derecho al recurso y su aplicación a materias civiles, laborales, fiscales o de cualquier otro carácter. *El Mercurio Legal*, 15 de enero de 2016. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2016/01/15/Garantias-del-derecho-al-recurso-y-su-aplicacion-a-materias-civiles-laborales-fiscales-o-de-cualquier-otro-caracter.aspx?disp=1>

⁷⁸ En el mismo sentido PALOMO, Diego y LORCA, Nelson (2017): p. 46.

Este capítulo intenta responder las conclusiones sostenidas por aquella parte de la doctrina que señala que las disposiciones internacionales no reconocen la garantía al recurso en sede civil y que, por lo tanto, dicho derecho no existe, no es tal y no es aplicable en nuestro ordenamiento.

Frente a aquellas conclusiones, es posible manifestar las siguientes interrogantes ¿Es posible señalar que no existe un derecho al recurso en el proceso civil basado en el hecho de que las disposiciones internacionales más importantes no lo reconozcan?, ¿es plausible concluir que no existe un derecho al recurso en el proceso civil, fundamentado en el hecho de que instrumentos internacionales sólo lo expresan para el proceso penal?, ¿es correcto atribuirle al derecho internacional el estatus de fuente de reconocimiento de derechos fundamentales en materia jurisdiccional?

Como se señaló anteriormente, estos autores tienen razón, cualquier interpretación de dichos instrumentos internacionales, con pretensión de reconocimiento, impediría reconocer la aplicación amplia del derecho al recurso a otros procesos que no sean el penal. Sin embargo, reiterando las preguntas que se formularon con anterioridad ¿basta con estos instrumentos internacionales para negar, sin más, el derecho al recurso como garantía procesal general? Se insiste en que para este trabajo ello parece reduccionista.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (“**CIDH**”) ha ido construyendo la existencia y reconocimiento de un derecho al recurso dentro de sus instrumentos normativos, sin la necesidad de una inclusión literal y expresa en sus cuerpos normativos.

Según se ha venido argumentando, la conceptualización del debido proceso y del derecho al recurso -en tanto garantía predicable de aquel- son institutos de difícil conceptualización no tan sólo dentro del derecho interno chileno, sino que también ha resultado problemático a nivel del derecho internacional.

El artículo 8° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, titulado Garantías Judiciales, señala:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustentación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

Aquí estaría establecido la garantía del debido proceso, así por lo demás lo ha reconocido la doctrina, en este sentido, las autoras ELIZABETH SALMÓN y CRISTINA BLANCO señalan que en este precepto radicaría el debido proceso (para los efectos de la Convención)⁷⁹, además disponen que el debido proceso es un “*derecho complejo*”, esto sería -según las autoras- un derecho que contiene en sí mismo un conjunto de manifestaciones que pueden llegar a ser consideradas, incluso, como derechos particulares⁸⁰.

Ahora bien, más allá de la naturaleza (*derecho complejo*), que tenga el debido proceso - cuestión que compartimos, por lo demás- es necesario señalar qué es y hacia dónde apunta el debido proceso. Según estas académicas, el debido proceso sería el conjunto de elementos que deben observarse en una instancia procesal⁸¹. La CIDH, por su parte, refuerza esta idea. En la Opinión Consultiva OC-9/87, de fecha 6 de octubre de 1987, señala que el artículo 8° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (“la **Convención**”) es “*el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención.*”⁸².

⁷⁹ SALMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina (2012): “El Derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos”, (Lima, Perú. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú), p. 23.

⁸⁰ SALMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina (2012), p. 23.

⁸¹ SALMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina (2012), p. 24.

⁸² Opinión Consultiva Corte Interamericana de Derecho Humanos OC-9/87, de fecha 6 de octubre de 1987, párrafo 27.

Continúa señalando, en el párrafo siguiente *“este artículo 8 reconoce el llamado “debido proceso legal”, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.”*⁸³.

Ahora, el artículo 8.2 letra h) de la Convención señala: *“2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.”*.

Pues bien, la pregunta que corresponde hacerse es, ¿la garantía recién transcrita (en donde se reconoce el derecho al recurso) es reconducible a otras sedes distintas al derecho penal, específicamente al proceso civil?

Contrariamente a la doctrina que niega este derecho constitucional, este trabajo apunta a la completa aplicabilidad de la garantía consagrada en el artículo 8.2 letra h) de la Convención al proceso civil y a cualquier otro fuera del proceso penal.

Es cierto que la redacción del precepto es confusa y tiende a la conclusión de que la garantía ahí reconocida no es aplicable en sede civil, mas, ha sido la propia CIDH la que ha sabido definir tal aplicabilidad.

La CIDH, mediante Opinión Consultiva OC-11/90, de fecha 10 de agosto de 1990, ha tenido ocasión de señalar, de manera clara, que la interpretación de las garantías judiciales consagradas en el artículo 8° de la Convención (entre ellas el derecho al recurso) es amplia o extensiva a los diversos procesos judiciales, y no tan solo relativas al proceso penal, en ese sentido, ha sostenido:

⁸³ Opinión Consultiva Corte Interamericana de Derecho Humanos OC9/87 de fecha 6 de octubre de 1987, párrafo 28.

“En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal”⁸⁴.

La CIDH es bastante clara, primero se hace cargo de lo confuso del precepto en cuestión, tendiendo a su operatividad exclusivamente en el ámbito penal, pero seguidamente señala que no obstante aquello, el concepto de “*debidas garantías*” ha de entenderse predicable de todo otro proceso, siendo del caso que no existe razón plausible para desproveer a un individuo sometido a un proceso civil de aquellas garantías reconocidas en este precepto sólo por el hecho de no verificarse un procedimiento de tipo penal. En otras palabras, no constituye razón suficiente el hecho de sostener que el derecho penal involucra bienes jurídicos más sensibles o de importancia mayor, para restar derechos procesales a los litigantes en otros procedimientos.

En este sentido, se podría cuestionar una intención de homologación absoluta respecto de las garantías procesales reconocidas en estas normas a todo tipo de procedimiento, independiente de su naturaleza. Ello no es así, lo que se señala es que aquellas garantías contenidas en las disposiciones internacionales mencionadas que -por su naturaleza y finalidad- puedan ser aplicables al procedimiento civil, sean reconocidas y, las que no sean compatible con el procedimiento civil, no se apliquen.

El punto sostenido es simplemente señalar que la circunstancia de que en las herramientas internacionales mencionadas se haga referencia al proceso penal al momento de señalar las garantías, no implica que una, dos o más de ellas no sean reconocibles, de la misma forma, en el proceso civil.

⁸⁴ Opinión Consultiva Corte Interamericana de Derecho Humanos OC-11/90, de fecha 10 de agosto de 1990, párrafo 28.

PALOMO y LORCA, en este sentido, han sostenido *“Desde nuestra perspectiva, no aparecen motivos razonables para ello [sustraer la revisión por parte de un órgano superior las sentencias de procedimientos distintas a los penales] o, al menos, motivos que sean de tal envergadura que permitan borrar de un plumazo una parte importante del debido proceso.”*⁸⁵.

Ahora bien, la CIDH no se ha quedado sólo en lo expresado en la Opinión Consultiva 11/90, sino que también ha sostenido esta posición en su jurisprudencia. Por ejemplo, en el caso “Tribunal Constitucional vs. Perú”, la CIDH señaló de manera clara:

*“Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal.”*⁸⁶.

Esta posición ya había sido manifestada con anterioridad por la CIDH, en el “Caso de la ‘Panel Blanca’ (Paniagua y otros) con Guatemala”⁸⁷, en donde se hizo remisión expresa a la Opinión Consultiva 11/90 de la CIDH.

Cómo bien se expuso, la CIDH no ha sido ajena a esta discusión y ya desde antaño ha venido sosteniendo que la garantía recursiva contemplada el artículo 8.2 letra h) para el proceso penal es aplicable al procedimiento civil y a todo otro tipo de procedimiento.

⁸⁵ PALOMO, Diego y LORCA, Nelson (2017), p. 46.

⁸⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humano, de fecha 31 de enero de 2001. Párrafo 70, p. 40.

⁸⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humano, de fecha 8 de marzo de 1998. Párrafo 149, p. 70.

Por lo tanto, el argumento que señala que el derecho al recurso en Chile no existe en sede civil por el hecho de que los instrumentos interamericanos no lo reconocen, no es plausible, toda vez que ha sido la propia CIDH quien ha salvaguardado dicho vacío legal y ha completado la laguna dando cuenta de la total congruencia entre el derecho al recurso ante un tribunal superior con los procedimientos civiles.

La doctrina nacional, por su parte, no se ha quedado atrás y con independencia a ser minoritaria, ha rescatado lo expresado por la CIDH. El profesor RAÚL TAVOLARI OLIVEROS, ha señalado:

“Al efecto, -permítaseme una reflexión personal en esta actividad meramente descriptiva. No puedo sino congratularme de la referencia a la Opinión Consultiva 11/90 de la Corte Interamericana, que desde tanto tiempo vengo invocando entre nosotros, precisamente, para reiterar que las garantías que el art. 8.2 del Pacto de San José establece, para quien se somete a un proceso penal, se extienden idénticamente a procesos en los que se debaten derechos de otra naturaleza (...)”⁸⁸.

Como ya se ha mencionado, otros autores reconocen esta posición como la correcta. Entre estos se encuentran los citados PALOMO y LORCA⁸⁹ y ENRIQUE LOYOLA LETELIER⁹⁰.

En conclusión, con respecto a este primer argumento en análisis, es posible decir que la inexistencia de consagración del derecho al recurso en materia civil en los instrumentos internacionales analizados no obsta a reconocerlo. Lo anterior -como se dijo- importaría una visión reduccionista que invisibilizaría la actividad jurisprudencial de la CIDH y además su función consultiva.

⁸⁸ TAVOLARI, Raúl (2017): “Prólogo”, en DELGADO, Jordi y NÚÑEZ, Raúl (Coord.), *Recursos procesales. Problemas actuales* (Santiago, Der Ediciones), p. 5.

⁸⁹ En el mismo sentido PALOMO, Diego y LORCA, Nelson (2017), pp. 46-47.

⁹⁰ LOYOLA, Enrique (2017): “Lectura crítica del recurso de unificación de jurisprudencia”, DELGADO, Jordi y NÚÑEZ, Raúl (Coord.), *Recursos procesales. Problemas actuales* (Santiago, Der Ediciones), pp. 460-461.

Quedarse únicamente con la letra de la ley no cumple con la misión de entregar un cabal entendimiento sobre la norma en comento y sobre la garantía en cuestión. Este trabajo asume que la revisión integral y armónica de la letra de ley, la jurisprudencia de la CIDH y su papel consultivo, no pueden sino concluir en la existencia del derecho al recurso en sede civil y, por lo tanto, en la obligación de los Estado y sus legisladores en dotar a los procedimientos de esta naturaleza de, por lo menos, un recurso que permita a los justiciables dirigirse a los tribunales superiores para la revisión de los fallos.

B.2.2.El derecho al recurso en la jurisprudencia nacional, especialmente en la justicia constitucional

Habiendo revisado ya la opinión de la CIDH, tanto en su papel consultivo como en su papel jurisprudencial, es preciso acercarnos a nuestro ordenamiento jurídico y analizar la manera en cómo nuestros tribunales han entendido el derecho al recurso.

Prevenir que el análisis se centrará en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno (“**Tribunal Constitucional**”), principalmente por el hecho de que ha sido el órgano que se ha preocupado con mayor detenimiento de este tema, sin perjuicios de tener oportunidad de destacar ciertos fallos de la Excelentísima Corte Suprema con respecto a este tema.

El Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de manifestarse en diversas ocasiones sobre el tema que se está tratando y ha sido claro en manifestar que el derecho al recurso es una garantía que se encuentra contenida dentro de la garantía de un racional y justo procedimiento, establecido en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República.

Así lo declarado en la sentencia dictada con fecha 4 de julio de 2006, en donde señaló:

“De lo dicho se desprende, en primer lugar, que se estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de prueba pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por el tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador.”⁹¹.

En sentencia de fecha 5 de agosto del 2010, el Tribunal Constitucional fue aún más expreso, y señaló:

“Que, no obstante lo anterior y entrando al fondo del asunto, cabe sostener, en primer lugar, que el derecho al recurso forma parte integrante del derecho al debido proceso. (...) De este modo, se ha dicho expresamente que ‘el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores (...)’⁹².

⁹¹ Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°481-2006, de fecha 4 de julio de 2006.

⁹² Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°1432-2009, de fecha 5 de agosto de 2010. Es importante destacar que el Tribunal habla solamente de sentencias. A efectos de este trabajo, parece correcto que el derecho al recurso se haga efectivo exclusivamente en las sentencia definitivas e interlocutorias. Se entiende que el estándar de revisión que tiene que verificarse para establecer un derecho al recurso (revisión integral del fallo o sentencia por un tribunal superior), requiere de ciertas limitaciones a la hora de la posibilidad de recurrir de las resoluciones que dicte un tribunal, ya que no todas revisten una importancia tal que merezcan ser revisadas por un tribunal superior.

El Tribunal Constitucional reconoce en sus sentencias, de manera clara y explícita, que el derecho al recurso está contenido en la garantía del racional y justo procedimiento, exigida por el derecho fundamental del debido proceso⁹³.

Así las cosas, nuestra justicia constitucional apunta a una misma línea de pensamiento que la jurisprudencia internacional de la CIDH que revisamos en el acápite anterior. Sin embargo, es necesario indagar, ahora, respecto a la extensión o ámbito de aplicación que esta garantía (derecho al recurso) tendría para la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. Al efecto, por medio de sentencia de fecha 22 de junio de 2010, el Tribunal referido señaló:

*“Que las mencionadas argumentaciones deben descartarse, en primer lugar, la Constitución requiere para el ejercicio de la jurisdicción un proceso previo legalmente tramitado, sin distinguir entre la civil y la penal, y, enseguida, porque la universalidad del principio sobre el debido proceso alcanza todas las formas procedimentales existentes o que se crean, sin circunscribirse a priori a la existencia o no de determinado recurso.”*⁹⁴.

Lo señalado por el Tribunal es importantísimo, toda vez que destaca que el principio del debido proceso es transversal al ejercicio de la jurisdicción, es decir, no puede darse un procedimiento válido y efectivo sin un respeto irrestricto al debido proceso. Es en ese

⁹³ Para todos los efectos, consúltense las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional chileno: sentencia de fecha 24 de abril de 2007, rol N° 576-06; sentencia de fecha 14 de septiembre de 2007, rol N°699-06 ; Sentencia de fecha 30 de enero de 2008, rol N° 986-2007; sentencia de fecha 20 de enero de 2011, rol N° 1307-09; sentencia de fecha 7 de septiembre de 2010, rol N°1448-2009; sentencia de fecha 14 de abril de 2011, rol N°1557-09; sentencia de fecha 14 de junio de 2011, rol N° 1718-10; sentencia de fecha 18 de agosto de 2011, rol N° 1812-10; sentencia de fecha 7 de julio de 2011, rol N°1838-10; sentencia de fecha 9 de agosto de 2011, rol N° 1876-10; sentencia de fecha 15 de mayo de 2012, rol N°1968-11; sentencia de fecha 5 de julio de 2012, rol N° 2034-2011; sentencia de fecha 31 de octubre de 2012, rol N°2111-11, sentencia de fecha 4 de julio de 2013, rol N° 2133-11; sentencia de fecha 9 de enero de 2014, rol N°2354-12; sentencia de fecha 20 de agosto de 2013, rol N°2381-12; sentencia de fecha 9 de julio de 2014, rol N°2657-14, entre otras.

⁹⁴ Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°481-2006, de fecha 22 de junio de 2010.

escenario, por lo tanto, en donde el Tribunal Constitucional reconoce que un recurso es una herramienta que no puede ausentarse dentro de un procedimiento, y que le corresponde al legislador identificar la mejor manera de satisfacer este requisito, tal y como se lee en la misma sentencia “(...) *pero es deber del legislador establecer un sistema de recursos que garantice los elementos propios de un racional y justo procedimiento, es decir, el debido proceso y la tutela judicial efectiva, sobre todo, dado el tema que nos ocupa, en lo referente al control de la fundamentación de las sentencias.*”⁹⁵.

Podemos concluir que el Tribunal Constitucional chileno no limita ni restringe la garantía del derecho al recurso al proceso penal, por el contrario, es claro y directo en sostener que el derecho al recurso es una garantía predicable del ejercicio de la jurisdicción en su totalidad, con independencia del procedimiento de que se trate.

Ahora, el Tribunal Constitucional -aunque el que más veces- no es el único que se ha pronunciado con respecto a esta materia, el máximo tribunal del país, la Excelentísima Corte Suprema también ha manifestado su opinión al respecto.

El Máximo Tribunal del país ha realizado el mismo examen de este trabajo, reconociendo en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República la existencia del derecho a un debido proceso y, más aun, ha expresado que el racional y justo procedimiento es parte integrante de aquel, tal y como se lee en el considerando cuarto de la sentencia dictada con fecha 27 de marzo de 2008:

“Que en este punto del análisis cabe considerar que constituye un derecho asegurado por la Constitución de la República, el que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y la misma Carta Fundamental en el inciso quinto del numeral 3° de su artículo 19, confiere al

⁹⁵ Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°481-2006, de fecha 22 de junio de 2010.

legislador la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo.”⁹⁶.

Con independencia de que, bajo el desarrollo del presente trabajo, la opinión anterior bastaría para sostener el reconocimiento de un derecho al recurso dentro de la garantía del debido proceso, en tanto exigibilidad de un racional y justo procedimiento, la Excelentísima Corte Suprema no se queda en eso, sino que va más allá y señala qué tipo de exigencias son predicables de un racional y justo procedimiento, señalando *“En cuanto a los aspectos que comprende el derecho al debido proceso, no hay discrepancias en que al menos lo conforman el derecho a ser oído, de presentar pruebas para demostrar las pretensiones de las partes de que la decisión sea razonada y la posibilidad de recurrir en su contra, siempre que la estime agravante, de acuerdo a su contenido.”⁹⁷.*

La Corte Suprema volvió sobre este punto, en un fallo muy reciente, recalcando su postura respecto al reconocimiento del derecho al recurso como garantía de un racional y justo procedimiento en tanto constitutivo del debido proceso. Todo a partir de la lectura sistemática de los incisos 5° y 6° del artículo 19 N°3. En este sentido señaló:

“Que, aun más del señalado conjunto de normas es posible desprender la existencia de diversos principios que reflejan esas convicciones y pretenden asegurar la racionalidad y justicia del procedimiento. Entre ellos, no es posible dejar de mencionar el derecho al recurso, que se traduce en el de impugnar las resoluciones judiciales para proveer a su revisión, mismo que integra el amplio espectro del debido proceso.”⁹⁸.

El análisis de la Corte avanza con respecto a su manifestación anterior, determinando la manera en que hay que interpretar las garantías consagradas en dichos artículos, es decir

⁹⁶ Excelentísima Corte Suprema, rol N°4719-2007, de fecha 27 de marzo de 2008.

⁹⁷ Excelentísima Corte Suprema, rol N°4719-2007, de fecha 27 de marzo de 2008.

⁹⁸ Excelentísima Corte Suprema, rol N°83.347-2016, de fecha 8 de mayo de 2016.

cómo se tiene que aplicar las garantías procesales de carácter constitucional, a estos efectos señaló *“En la perspectiva recién indicada, surge con nitidez, entonces, la necesidad de interpretar restrictivamente las normas que pudieran dar pábulo a limitar o restringir derechos o garantía.”*⁹⁹.

Por último, a modo de conclusión, la Corte termina manifestando en el considerando 10°:

*“Que en el marco de lo hasta aquí analizado, y considerando en particular lo dispuesto en las normas constitucionales transcritas, a cuyo tenor se hace indispensable garantizar el derecho a un debido proceso, en el que se debe entender incluido, sin duda alguna, el derecho a las partes a perseguir la efectiva revisión de las resoluciones que se dicten en un proceso por el superior del respectivo tribunal (...)”*¹⁰⁰.

Como se adelantó, no tan solo es el Tribunal Constitucional de nuestro país el que reconoce la existencia de un derecho al recurso, sino que es la propia Corte Suprema, el tribunal más importante del país, el encargado de dictar la última palabra en cuanto a la aplicación correcta de la ley, quien sostiene que el derecho al recurso es una garantía reconocible en el debido proceso, a través del racional y justo procedimiento.

Aquí, por lo tanto, no se trata de una interpretación alambicada ni rebuscada sobre una garantía oscura y escondida en el texto de los derechos fundamentales, no se habla pues de una inflación garantista, sino que simplemente se trata de reconocer lo que se entiende por un racional y justo procedimiento en nuestro ordenamiento y sus características.

Ahora bien, con independencia del reconocimiento que hagan los tribunales del derecho al recurso, es preciso determinar si es correcto o no dicho reconocimiento.

⁹⁹ Excelentísima Corte Suprema, rol N°83.347-2016, de fecha 8 de mayo de 2016.

¹⁰⁰ Excelentísima Corte Suprema, rol N°83.347-2016, de fecha 8 de mayo de 2016.

Pues bien, tal y como se sostuvo, los derechos fundamentales han de ser iluminados mediante el contexto en donde reciben aplicabilidad, en ese sentido, el estado actual del ejercicio jurisdiccional chileno, la forma de organización de los tribunales y los obstáculos que enfrentan los jueces a la hora de poder fundamentar adecuadamente sus fallos, hacen necesario y debido el reconocimiento de un derecho al recurso.

B.2.3. Congruencia con las nuevas técnicas procesales en materia civil

Ahora bien, como tercer punto de análisis y alejado ya de la actividad jurisprudencial de los diversos tribunales analizados, tanto internacionales como nacionales, es preciso volverse al proceso civil propiamente tal.

En este contexto, como se revisó, la doctrina ha sostenido que el reconocimiento de una garantía al recurso, en tanto instrumento de alcance general y amplio sería incompatible con las nuevas técnicas procesales en materia civil.

Estas técnicas -como se adelantó- giran en torno a la oralidad, la inmediación y la concentración, principalmente, puesto que serían estas las mayormente vulneradas con la existencia de un sistema de recursos amplio.

Este apartado se dedicará a desarrollar ideas que permitan dar cuenta de por qué este trabajo estima que ninguna de las nuevas técnicas del proceso civil se ve vulnerada, atacada o disminuida con la existencia de un derecho al recurso en tanto garantía constitucional.

B.2.3.1. La oralidad.

La oralidad, en tanto técnica procesal, se ha esgrimido como obstáculo a la concepción de un régimen recursivo de carácter amplio y ordinario. No obstante, este trabajo cree que la idea basada en que la oralidad es incompatible con el derecho al recurso no ha sido

desarrollada desde el punto de vista correcto, o justo, en relación con la posición que ocupan las instituciones jurídicas que protagonizan este debate (el derecho al recurso y la oralidad).

El argumento sobre la incompatibilidad entre el derecho al recurso y la oralidad equipara dos instituciones de rangos jurídicos distintos dentro del ordenamiento. Los defensores de la idea sobre la incompatibilidad ubican el derecho al recurso en un mismo plano normativo que la oralidad, es decir, establecen que una garantía (o la existencia de una, según la posición que se adopte) está al mismo nivel que una técnica procesal.

Lo anterior, para efectos de esta argumentación, parece injusto e incorrecto.

Lo que aquí se discute es la existencia o no de una garantía fundamental, específicamente, el derecho al recurso, con independencia de la manera en que la llevaremos a cabo una vez reconocida. Sin embargo, los autores que niegan esta posición utilizan la oralidad como una razón para negar el derecho al recurso, en circunstancias que la técnica por medio de la cual se hará valer el respectivo recurso corresponde a una etapa posterior de la discusión, ya que primero debemos develar la existencia de aquel derecho y con posterioridad la operatividad del mismo.

En conclusión, la existencia de un procedimiento oral o escrito, público o privado, con o sin intermediación, etc., no puede ser un argumento para negar o reconocer la existencia de garantías procesales, ya que no son excluyentes unas de otras, en la medida en que -precisamente- son parte de lo mismo, solo que se materializan en etapas distintas de la discusión.

Esto se traduce en que primero reconocemos la existencia de un derecho al recurso, segundo, determinamos el procedimiento y las técnicas procesales en el cual se ventilará el derecho en comento y, en último término, se determinará qué recurso o recursos satisfacen de mejor manera tanto las garantías procesales como las técnicas procedimentales.

Si se prefiere y como ejemplo en base a otro integrante del racional y justos procedimiento. En primer lugar, se determinará si existe o no la garantía a rendir o aportar prueba, en segundo lugar, se fijará el procedimiento y las técnicas procesales en el cual se materializará el derecho a aportar prueba y, en tercer lugar, se fijará el sistema probatorio aplicable.

Ahora bien, con independencia de lo dicho y aun cuando se considere que es un argumento erróneamente planteado, desde su origen, se considera que la existencia de recursos no menoscaba la oralidad como regla procesal. No vemos cómo un procedimiento civil oral podría ser menos oral por la existencia de uno o más recursos de carácter general u ordinario.

Con independencia de lo anterior, es imprescindible tocar un tema que resulta transversal tanto a la oralidad como a la inmediación: el control de la actividad probatoria y la valoración de esta por el tribunal. Para evitar la reiteración se procederá a desarrollar este punto en relación con la inmediación.

Ahora bien, volviendo al punto principal, existen varios ejemplos de audiencia orales en las cuales pueden deducirse recursos y ello no opaca la calidad oral de la audiencia. Por ejemplo, las audiencias testimoniales, en aquellas existe la posibilidad de recurrir de ciertas resoluciones o actuaciones; otro ejemplo se puede ver en libre competencia, en el procedimiento establecido en el artículo 39 ter del Decreto Ley 211, en donde la resolución que rechaza o acepta los descargos de la parte solicitada, es susceptible de recurso de reposición en el acto.

Lo único realmente verificable es la limitación que la oralidad produce en los recursos, específicamente en su dimensión cualitativa, toda vez que deducir recursos en audiencias orales claramente resulta más difícil y, eventualmente, provoca que la calidad y preparación de los argumentos sean inferiores. Pero en caso alguno dicha actividad recursiva conculca la oralidad del procedimiento o audiencias en donde se ventila.

Este trabajo, como ya se dijo, en caso alguno niega que la oralidad pueda ser un avance en el mejoramiento de la calidad del procedimiento civil en Chile, pero al mismo tiempo no podemos ser ajenos a la circunstancia de que la oralidad, tal y como dijo PALOMO¹⁰¹, no es el remedio a todos los problemas y, como contrapartida, la escrituración no es la causa de todos los males del proceso civil, tal y como lo sostiene MICHEL TARUFFO, conceptualizándolos como mito *positivo* y mito *negativo*:

*“Digo mitos en plural porque, cuando menos, existen dos: el mito positivo, según el cual la oralidad se considera un valor óptimo básico, una especie de panacea que debería resolver todas las dificultades del funcionamiento del proceso civil; y el mito negativo, por el que la escritura es esencialmente perversa y responsable de la mayoría de los problemas que surgen en un litigio civil, por lo que debería reducirse al mínimo indispensable, o incluso, posiblemente, anularse.”*¹⁰².

En este contexto, la adopción de una postura como la indicada, exclusivamente se convierte en un coto a la percepción objetiva, completa y adecuada de las problemáticas procesales que hoy en día requieren solución en nuestro procedimiento civil, en un mismo sentido TARUFFO¹⁰³.

Por último, todo este entramado asume la existencia de sistemas puros, es decir o son totalmente escritos o son exclusivamente orales. Sin embargo, los sistemas totales son prácticamente imposibles y sus mejores expresiones se dan en el contexto de una mutua complementación¹⁰⁴. Ello es palpable, como se verá al final de este trabajo, en el proyecto de reforma del proceso civil, el cual comparte tanto características orales como escritas, por lo

¹⁰¹ PALOMO, Diego (2010), p. 470.

¹⁰² TARUFFO, Michele (2008): “Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil”, en Coloquio “Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente”, organizado por la Asociación Internacional de Derecho procesal, del 6 al 8 de noviembre, Gandia-Valencia.

¹⁰³ TARUFFO, Michele (2008).

¹⁰⁴ ORTELLS, Manuel (2010): “Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil”, *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N°1: p. 417.

tanto, la oralidad pierde valor al momento de impedir la existencia de un régimen recursivo general.

B.2.3.2. *La inmediación.*

Esta técnica procesal, derivada, necesariamente -como dice NÚÑEZ¹⁰⁵- de la oralidad, impone, dice PALOMO “(...) *que el juicio y la práctica de la prueba han de transcurrir ante la presencia del órgano jurisdiccional competente, sin posibilidad de delegación en terceros. Así se ha dicho que un proceso está presidido por el “principio” de inmediación, cuando se impone una conexión directa del juzgador con los intervinientes del juicio y la realidad que ha de enjuiciar.*”¹⁰⁶.

En términos simples, la inmediación tiene por objeto principal acercar al juez a las diligencias del proceso, hasta el nivel de lograr una comunicación directa y de primera fuente con todas las actuaciones realizadas en el procedimiento, con especial atención en las gestiones probatorias, esto conllevará que el juez sea un agente más cercano y visible para los litigantes, contrariamente a lo que hoy día sucede en los tribunales civiles chilenos.

El mismo autor ha reconocido que esta técnica puede reconducirse a dos formas o vertientes, la *inmediación en sentido amplio* y la *inmediación en sentido estricto*¹⁰⁷. La primera está relacionada con la presencia del juez durante las diversas actuaciones durante el procedimiento, particularmente aquellas probatorias y la segunda dice relación con la dictación propiamente de la sentencia por parte del juez, ya que es él quien está en la mejor posición para resolver.

¹⁰⁵ NÚÑEZ, Raúl (2005), p. 182.

¹⁰⁶ PALOMO, Diego (2010), p. 474.

¹⁰⁷ PALOMO, Diego (2010), p. 474-475.

Entonces bien, en atención a la inmediación y a sus dos dimensiones ¿se ve afectada esta técnica por el hecho de existir un derecho al recurso reconocido en forma de garantía constitucional?

La doctrina, como se desarrolló, ha dicho que si, que la inmediación, en tanto técnica procesal, se vería conculcada con la existencia del derecho al recurso, principalmente porque el juez de segunda instancia no estaría en posición de tener un contacto directo con la prueba, haciendo deficitaria su sentencia, asimismo, dejaría en segundo plano lo realizado por el juez del fondo.

Como adelantamos, en esta parte se analizarán ciertos obstáculos que se han esbozado a las ideas aquí defendidas. Corresponde en este sentido desarrollar si acaso el derecho al recurso supone la existencia de un nuevo juicio o solamente supone el control de lo decidido por el tribunal inferior. Este trabajo asume que un recurso implica un mecanismo de control y que por tanto el tribunal superior solamente revisa aquello decidido por el tribunal inferior, además esto se encuentra limitado por la actividad recursiva de las partes. En este sentido CRISTIÁN MATORANA MIQUEL ha sostenido sobre la segunda instancia:

“Además, la segunda instancia no constituye un nuevo juicio, en que puedan aducirse toda clase de hechos y argumentos o formularse pretensiones nuevas sobre el caso a las hechas valer en la instancia, sino más bien, y por regla general, se trata solamente de un segundo examen de lo previamente decidido en primera instancia, que normalmente, habrá de realizarse sólo exclusivamente sobre la base de las actuaciones llevadas a cabo en dicha anterior instancia procesal y limitada a las peticiones concretas formuladas por el apelante, debiendo entender que en la parte no impugnada queda vigente con eficacia de cosa juzgada lo decidido en el fallo impugnando, a menos que hubiere concurrido una adhesión a la apelación o una apelación de la otra parte.”¹⁰⁸.

¹⁰⁸ MATORANA, Cristián (2012). “Los recursos ante los tribunales colegiados en un procedimiento oral”. *Revista de Derecho Procesal*, N°22. P.p. 441-442. El autor sostiene que la apelación así entendida se justifica

En definitiva, el recurso es una herramienta de control y no un instrumento que permita generar un nuevo debate, por lo tanto, la oralidad y la inmediación no se ven conculcadas por la existencia de un recurso amplio.

Ahora bien, como se dijo, este trabajo no ve la manera en que el derecho al recurso pudiese menoscabar la inmediación en un procedimiento civil. Asimismo, es errada la posición mencionada toda vez que, dada la práctica judicial chilena, es posible identificar una serie de factores que, conjugados, permiten concluir dos cosas. Primero, que la inmediación es compatible con el derecho al recurso, y por otra, que existen otras razones que afectan a la inmediación con mayor fuerza que la existencia de un derecho al recurso.

Respecto a las otras causas que conculcan la inmediación, tenemos las siguientes. En primer lugar, la excesiva cantidad de causas que entran al conocimiento de los tribunales de justicia hace impensado que un juez de los Tribunales Civiles de Santiago, por ejemplo, esté presente en cada una de las diligencias que ante él se ventilan, qué decir de dictar todas y cada una de las sentencias, un imposible.

Por ejemplo, ¿no sería mejor pensar en especializar el conocimiento de los juicios ejecutivos- por dar un ejemplo- (que repletan los quehaceres judiciales), antes de negar la facultad de los justiciables de recurrir una sentencia o resolución?, ¿no sería mejor invertir en aumentar los tribunales civiles existentes en Santiago, que en la actualidad son solo 30, para una población de siete millones de personas, aproximadamente, antes que suprimir una garantía procesal de carácter constitucional? En fin, solo algunos ejemplos de que la inmediación no es realmente atacada hoy en día por el derecho al recurso, sino por otras causas que entorpecen la correcta administración de la justicia en nuestro país.

cuando exista un tribunal unipersonal, no así un tribunal colegiado. En este último caso se utiliza un recurso extraordinario, tal y como ocurre en materia laboral y penal. Este trabajo no comparte dicha observación toda vez que no asocia la posibilidad de un recurso amplio y ordinario exclusivamente a la existencia de un tribunal unipersonal.

En segundo lugar, como señala PALOMO¹⁰⁹, la intermediación y la delegación son otros factores que hoy se manifiestan en la práctica judicial chilena y que confrontar y conculcan en mayor medida la inmediación entre el juez y el procedimiento llevado ante él. Tal cosa sucede, por ejemplo, en las audiencias testimoniales y de absolución de posiciones, en donde son otros los auxiliares de la justicia ante los cuales se concretan dichas actuaciones. Insisto, ¿no será que son otras las razones o causas que provocan que la inmediación sea un valor procesal casi insostenible en el sistema actual o insistimos que son los recursos?

Y, en tercer lugar, está la actividad probatoria. Como ya se adelantó, la inmediación se vería afectada con el derecho al recurso, en clave de revisión integral del fallo por un tribunal superior (hoy en día bajo los ropajes del recurso de apelación) ya que impediría al juez de segunda instancia “hacerse” de la prueba rendida ante el juez de instancia. Lo anterior es una exageración y desconocimiento de la actividad probatoria en los juicios civiles.

La prueba a la que se refieren es, principalmente, la prueba testimonial, en donde -supuestamente- el juez de alzada no podría obtener las mismas impresiones de las deposiciones de los testigos como si hubieran estado ahí mismo. Esto amerita dos comentarios.

El primero dice relación con la diversidad de elementos tecnológicos existentes para dar cuenta al juez de la instancia de lo que dijo el testigo y cómo lo dijo, de tal manera de obtener las “impresiones adecuadas” de la respectiva deposición.

En este sentido la doctrina ha reconocido la posibilidad de que los tribunales puedan revisar la valoración de la prueba ya sea mediante la producción -nuevamente- de las diligencias probatorias personales o directas (testigos) o mediante el aseguramiento de que los medios tecnológicos de reproducción sean puestos a disposición de los ministros, para que puedan escucharlos, verlos o ambas, en relación al punto o a los puntos sujetos a

¹⁰⁹ PALOMO, Diego (2010), p. 476.

impugnación¹¹⁰. Específicamente MATURANA ha sostenido “*Si la prueba depende de la inmediación (típico: testigos) el juicio del recurso debe recrear parcialmente las condiciones del debate respecto de ese punto (inmediación y contradicción)*”¹¹¹.

El segundo comentario dice relación con el riesgo que viene envuelto en lo anterior. El tema de la necesidad de que la prueba sea inmediata respecto del juez de instancia daría pie a que estos justifiquen sus sentencia en impresiones subjetivas, tal y como señala RAÚL TAVOLARI citando un fallo de la Corte Suprema argentina del año 2005, donde señala “*no sería admisible que, por ejemplo, el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc.*”¹¹². Esto provocaría necesariamente la existencia de un control que impida que los jueces fallen en base a impresiones subjetivas y arbitrarias, ello se lograría con uno o más recursos.

Como dice MATURANA, “*La inmediación del juez con la prueba es un presupuesto necesario para la existencia del contradictorio, pero no un factor de valoración de rango subjetivo tal que impida que sea revisada la fundamentación de la sentencia y el cumplimiento de los parámetros previstos por parte del legislador para poder valorar la prueba.*”¹¹³.

Por otro lado, y siguiendo el tema de la prueba, otro elemento a considerar es la naturaleza de la actividad probatoria. El procedimiento civil, se ha sostenido, es dominado probatoriamente por la prueba documental (comparativamente hablando respecto del proceso penal, que es la testimonial), incluso se ha llegado a decir que “*(...) en lo que dice relación*

¹¹⁰ Véase MATURANA, Cristián (2012). p. 442; y TAVOLARI, Raúl (2008). “La prueba entre la oralidad y la escritura”, CARPI, Federico y ORTELLS, Manuel (Coord.) *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, (Ediciones Universitat de Valencia, Valencia): p. 410.

¹¹¹ MATURANA, Cristián (2012). p. 443.

¹¹² TAVOLARI, Raúl (2017), pp. 7-8.

¹¹³ MATURANA, Cristián (2012). p. 444.

con la prueba documental en los procesos civiles cabe recordar que este medio de prueba ha sido y sigue siendo considerado en la teoría y en la práctica forense como la reina de las pruebas en materia procesal civil.”¹¹⁴.

Por lo tanto, insisto en esto ¿es realmente la consagración o reconocimiento de un derecho al recurso el obstáculo o el motivo de conculcación de la inmediación? Pareciera que no.

Ahora bien, como adelantamos, existen factores que permiten concluir que la inmediación no es incompatible con el derecho al recurso e incluso justifican la necesidad de la existencia de estos en todo procedimiento civil. Es dable concluir que la falibilidad humana es una circunstancia verificable en toda actividad realizada por seres humanos y el ejercicio de la jurisdicción no constituye una excepción, la función estatal desempeñada por el Poder Judicial, en tanto humana, está expuesta siempre y constantemente a cometer errores.

Vale destacar, aunque pareciera innecesario, que esto no es un reproche específico a la labor de los jueces, sino que es la comprobación de una realidad propia de la vida en comunidad. Todo quehacer humano está expuesto a fallar.

Los procedimientos judiciales no son la excepción. CRISTIÁN CONTRERAS ROJAS señala:

*“Las equivocaciones que se pueden suscitar en la sentencia pueden tener su origen en diferentes razones, que van desde un comportamiento negligente o descuidado del juzgador hasta situaciones en que este falle exclusivamente en base al voluntarismo o arbitrio.”*¹¹⁵.

¹¹⁴ PALOMO, Diego (2010), p. 480.

¹¹⁵ CONTRERAS, Cristián (2017): “La pervivencia del recurso de apelación en el proceso civil: Más allá de los eslóganes”, en DELGADO, Jordi y NÚÑEZ, Raúl (Coord.) *Recursos procesales. Problemas actuales* (Santiago, Der Ediciones), p. 269.

Así las cosas, nos dice el mismo autor “(...) hablar de recursos es hablar tanto de la falibilidad del juzgador como de la necesidad y urgencia por corregir sus equivocaciones”¹¹⁶, es decir, los recursos o el derecho al recurso en general cumple con dos funciones, por un lado, es un elemento preventivo de errores judiciales y por otro lado, es un elemento correctivo, que permite corregir los defectos judiciales una vez acaecidos.

Por ello, es de vital importancia, como todo sistema susceptible de sufrir errores que existan mecanismo de protección, tales como los recursos, así también CONTRERAS, quien concluye:

“Por ello es importante que el sistema procesal establezca los mecanismos adecuados para permitir que la parte afectada por la equivocación pueda al menos solicitar -y en el mejor de los casos, conseguir- que dicha situación sea subsanada. De hecho, la sola existencia de los instrumentos correctivos puede transformarse en un escenario más que suficiente (y eficiente) para que el sentenciador se abstenga de conductas que dejen en evidencia el mal desempeño de las funciones que se le han encargado o bien se inhiba de llevar a cabo un ejercicio deficiente del poder conferido.”¹¹⁷.

En conclusión, por todas las ideas desarrolladas, se cree que la técnica procesal de la inmediatez en caso alguno es excluyente con la existencia de un derecho al recurso, e incluso son totalmente conciliables.

B.2.3.3. La celeridad y eficiencia como objetivos conjugables con una garantía al recurso en sede civil.

El último argumento a favor de la garantía del derecho al recurso que se expondrá es el tema de la eficiencia y la celeridad. La demora en la resolución de los conflictos de relevancia

¹¹⁶ CONTRERAS, Cristián (2017), p. 266.

¹¹⁷ CONTRERAS, Cristián (2017), p. 269. En un mismo sentido BORDALÍ, Andrés; CORTEZ, Gonzalo y PALOMO, Diego (2016), p. 5.

jurídica y su poca eficiencia han sido elementos usados por parte de aquellos que niegan la existencia de un derecho al recurso o consideran que debiesen ser eliminados, como se vio en capítulos anteriores. Sin embargo, se estima que eso no es cierto, una garantía al recurso no es la causa principal para la demora en la resolución de los juicios y tampoco resulta ineficiente la existencia de estos.

Ahora bien, respecto del tema sobre la eficiencia, enfocado desde el sentido común y no desde el AEDP, para partir, es preciso dar cuenta de una apreciación planteada por el profesor MICHELLE TARUFFO en una ponencia realizada en Valencia, en donde señaló:

*“Sin embargo, cuanta mayor importancia se procura a la eficiencia, tanto más difícil resulta definir lo que significa pensar en un sistema judicial eficiente. Por otro lado, hablar de oralidad y de la escritura como factores de eficiencia de las resoluciones judiciales resulta probablemente imposible si no se define antes lo que entendemos por eficiencia en el proceso civil. De hecho, desde la perspectiva que adoptamos, la oralidad o la escritura se consideran medios, mecanismos dedicados instrumentalmente a conseguir precisamente ese propósito.”*¹¹⁸.

Se advierte desde ya que en ningún caso este trabajo tiene por objeto definir o redefinir lo que se entiende o ha entendido por eficiencia, dicho asunto escapa por completo a la misión y horizonte de esta memoria.

En primer lugar, la rapidez con la que se termine un juicio hoy en Chile depende menos de los recursos que de otros muchos factores, por lo tanto, la crítica hacia los recursos parece injusta y desproporcionada, que tampoco constituiría una solución definitiva.

Algunos ejemplos los podemos ver en la excesiva cantidad de causa que ingresan hoy al Poder Judicial (como ya fue mencionado más arriba), esto hace que los tribunales posean una carga excesiva de trabajo y estén impedido de sacar adelante los juicios de una manera rápida,

¹¹⁸ TARUFFO, Michele (2008).

por otra parte, y de la mano con esto, la tremenda cantidad de juicios ejecutivos que son conocidos por los tribunales es increíble, debiendo los jueces y funcionarios de tribunal multiplicarse para poder sacar todo a tiempo; por otra parte, la excesiva actitud dilatoria que hoy en día exhiben los litigantes, es una causa no menor de retraso en la tramitación de los pleitos; otro fenómeno está en los problemas de notificación que hoy en día existen, ¿cuánto se demora la parte demandante en notificar al demandado? muchísimo, entre dificultad de dar con el domicilio y la desidia con la que actúan algunos de los receptores judiciales, los juicios tardan excesivamente mucho en dar comienzo.

Frente a todo esto, ¿no parece mejor aumentar la cantidad de tribunales en el país?, ¿no parece mejor especializar el conocimiento de los juicios ejecutivos y de cobranza?, ¿no parece mejor poner límites a la actividad dilatoria de las abogadas y abogados?, ¿no parece mejor actualizar en virtud de la tecnología existente, los medios de notificación y comunicación entre los tribunales y los comparecientes? Se estima que si, efectivamente se está en favor de modificar otras variantes, otras causas de retrasos en vez de suprimir derechos procesales claves para el desarrollo de la justicia. Así también lo ha expuesto el profesor TAVOLARI, quien ha sostenido:

“Denegar, en cambio, el derecho a la impugnación del fallo dañoso, perjudicial, equivocado o simplemente de aquel con el que no se concuerda, me parece orwellianamente perverso contra los derechos de las personas. La falta de celeridad, de rapidez, impone recordar, según apuntaba Vescovi, citando a Montesquieu, que ciertas formas constituyen, precisamente, el precio que los ciudadanos debemos pagar para la custodia de nuestras libertades y derechos.”¹¹⁹.

Entonces, parafraseando a TAVOLARI y según las ideas de PALOMO y LORCA; y CONTRERAS, entre otros, ni la oralidad ni la celeridad devienen en los únicos valores procedimentales en sede civil, ni menos en los más importantes, por lo tanto, es preciso enfocar bien la mirada, dando cuenta de los verdaderos escollos frente a la demora y

¹¹⁹ TAVOLARI, Raúl (2017), p. 3.

entorpecimiento en los juicios, dejando a los justiciables con el derecho a que sus intereses sean revisados por un tribunal superior de justicia y, de paso, intentar conciliar todos los valores en juego dentro de la justicia civil.

La eficiencia ha sido uno de los elementos mayormente utilizados para justificar el cambio y la reforma procesal civil. Pero, al igual que TARUFFO en su ponencia, es dable preguntarse ¿para qué la eficiencia?, es imprescindible enfocarse en la misión que tiene la eficiencia en todo esto, dónde apunta la doctrina cuando habla de hacer del proceso civil uno más eficiente.

Tradicionalmente el proceso ha reconocido (en tanto medio para un fin y no un fin en sí mismo)¹²⁰ dos objetivos: a) resolución de conflictos; y b) resolución de conflictos mediante decisiones justas¹²¹.

En este escenario, es preciso tomar una posición desde ya, puesto que de ello dependerá la noción de eficiencia a la que se apunte. Si se opta por la resolución de conflictos -exclusivamente-, la eficiencia estará definida por la cantidad de conflictos que sean resueltos en un espacio de tiempo determinado, una cuestión de hecho, según TARUFFO; si, en cambio, se apunta a la segunda alternativa (letra b), la eficiencia no estará tan solo determinada por la cantidad/tiempo de resolución, sino que la justicia de la decisión se tornará una variable determinante a la hora de evaluar la eficiencia de un proceso, esto es, el fondo de la decisión y la calidad de esta adquirirán relevancia.

Desde ya se señala que, al igual que lo hace TARUFFO¹²² y también TAVOLARI¹²³, este trabajo opta por aquella función del proceso que apunta a resolver conflictos jurídicos de la manera más justa posible (esto implica calidad en la decisión) según lo que se acredite en el procedimiento, porque tal y como dice este autor:

¹²⁰ COUTURE, Eduardo (2014), p. 36.

¹²¹ TARUFFO, Michele (2008).

¹²² TARUFFO, Michele (2008).

¹²³ TAVOLARI, Raúl (2017), p. 3.

“Es cierto, todos queremos justicia rápida, justicia que cumpla su cometido, que resuelva la cuestión, pero a nadie le cabe duda alguna cuál preferir cuando ha de optarse entre justicia rápida y justicia de calidad adecuada o si me permite el pleonismo, más justa.”¹²⁴.

Por lo tanto, aun entendiendo la preocupación (compartida) por la eficacia y celeridad en los procedimientos civiles, no se puede dejar de plantear que enfocar dichas necesidades en los recursos parece alejado de la realidad, parece ajena a la noción garantista que cubre todo ejercicio judicial y, por tanto, restarle derechos a la justiciables no resolverá el problema de fondo, que antes que jurídico o de reconocimiento de derechos, es estructural y ahí sí que es primordial ser más eficiente.

¹²⁴ TAVOLARI, Raúl (2017), p. 3.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO AL RECURSO COMO GARANTÍA DENTRO DE LA TRADICIÓN JURÍDICA CONTINENTAL Y LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL CHILENA

El propósito de esta memoria es analizar el derecho al recurso como una garantía constitutiva del ordenamiento jurídico chileno. Esta garantía se extrae del artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, predicándose y aplicándose al proceso civil chileno.

Para fundamentar la posición anterior este trabajo se ampara en dos grandes enfoques: (i) *enfoque normativo o jurídico*, el que se construye a partir del análisis de normas positivas, principios jurídicos y opiniones jurisprudenciales, tanto nacionales como internacionales, que permiten reconocer el derecho al recurso como una garantía dentro del derecho chileno y del proceso civil; y (ii) *enfoque estructural o institucional*, el que se orienta al estudio de las tradiciones jurídicas reconocibles a nivel comparado, en específico la tradición Romano-Germánica, Continental o de Derecho Civil; al análisis de las formas de organización del Estado o del Poder; y, por último, al entendimiento de cómo estos dos elementos confluyen y determinan la organización del Poder Judicial chileno y la construcción del procedimiento civil en nuestro país.

El primer capítulo estuvo dedicado al análisis del *enfoque normativo o jurídico*, dando cuenta de los principales argumentos que permiten sustentar la tesis de la presente memoria. Por su parte, este capítulo tiene por objeto el *enfoque estructural o institucional*, cuya misión es caracterizar la construcción jurídica del Estado chileno y cómo aquella ha influido en el ejercicio de la función jurisdiccional por parte de nuestros tribunales. Lo anterior tiene por objeto demostrar que la organización del Estado chileno, la configuración del proceso civil y la manera en cómo los jueces y tribunales cumplen su función, hacen inevitable la existencia de una garantía como el derecho al recurso en sede civil.

I. ¿A QUÉ NOS REFERIMOS CUANDO HABLAMOS DE TRADICIÓN JURÍDICA?

Diversos autores¹²⁵ han reflexionado entorno a las diferencias existentes en la formación de un ordenamiento jurídico a lo largo de la historia en las distintas latitudes del planeta. Cada uno de estos autores ha conceptualizado de manera distinta este fenómeno, sin embargo, y con independencia de las diversas formas de acercamiento, todos han entendido que un ordenamiento jurídico se expresa de diferentes maneras según el contexto que lo rodea y, por lo tanto, su desarrollo dependerá de las características que dicho contexto presente en el momento de su evaluación.

Ahora bien, JOHN H. MERRYMAN destaca en el análisis del fenómeno de las tradiciones jurídicas ya que propicia una distinción interesante para entender mejor estas categorías académicas. El autor propone un distingo entre una *tradición jurídica* y un *sistema legal*.

Un *sistema legal* -dice- es “*un conjunto operativo de instituciones, procedimientos y reglas legales.*”¹²⁶; por su parte, una *tradición jurídica* es “*un conjunto de actitudes profundamente arraigado, históricamente condicionado, acerca de la naturaleza del derecho, acerca del papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el derecho.*”¹²⁷.

La relación existente entre una y otra puede definirse como una relación de género a especie, siendo la *tradición legal* el género y el *sistema jurídico* la especie. En este sentido,

¹²⁵ Véase para estos efectos: COUTURE, Eduardo (2014): *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, (Editorial Metropolitana, Santiago, cuarta edición); MERRYMAN, John y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio (2014): *La tradición jurídica romano-canónica*, (Fondo de Cultura Económica, México); DAVID, René (1969): *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, (Aguilar, Madrid); GAVIRIA GIL, María Virginia (2013). “El derecho occidental del siglo XXI y el concepto de familia jurídica”. En *Revista de Derecho*, N°39, Barranquilla: pp. 30-57.

¹²⁶ MERRYMAN, John y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio (2014). p. 19.

¹²⁷ MERRYMAN, John y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio (2014). p. 21.

MERRYMAN señala que el efecto que provoca una *tradición legal* sobre un *sistema jurídico* determinado es acercarlo a una cultura específica, de la cual aquel *sistema legal* se convierte en una representación o manifestación. En sus palabras, “*Ubica al sistema legal dentro de una perspectiva cultural.*”¹²⁸.

El ordenamiento jurídico chileno es un sistema legal que representa los caracteres definitorios de la tradición continental, de la cual ha formado parte de manera histórica. Algunos ejemplos los podemos ver en la formación del Poder Judicial, en la determinación o configuración de la carrera judicial, en el rol que juega la ley como fuente del derecho y en el fenómeno de la codificación.

En la historia han existido diversas tradiciones jurídicas, más o menos desarrolladas, sin embargo, son dos las que han trascendido con mayor intensidad y han ejercido mayor influencia en el resto del mundo. En primer lugar, la tradición del Derecho Continental o Derecho Civil; y, en segundo lugar, la tradición del Common Law^{129/130}, las cuales pasaremos a comparar en términos generales.

El objeto de este paralelo es identificar los principales rasgos de nuestro sistema legal, pavimentando el camino para la justificación de por qué, según este trabajo, el derecho al recurso es una garantía necesaria y reconocible en nuestro procedimiento civil.

¹²⁸ MERRYMAN, John y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio (2014). p. 21.

¹²⁹ MERRYMAN, John y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio (2014). p. 19. Es preciso señalar que la versión anterior a esta edición explicaba que eran tres las principales tradiciones jurídicas, entendiendo que el derecho socialista era una de estas. Véase pp. 20-21.

¹³⁰ Se toma el *Common Law* como referencia de los sistemas de habla inglesa, toda vez que es aquel que se configura de manera más antigua y representa en mayor medida los rasgos distintivos de dicha cultura jurídica y, también, se posiciona de mejor manera para “rivalizar” con el Derecho Continental.

II. DERECHO CONTINENTAL *VERSUS* COMMON LAW

Antes de la revisión de las principales características de estas tradiciones legales, es necesario señalar que su gran diferencia, tal y como sostiene RENÉ DAVID, radica en una cuestión estructural. Más allá de las zonas geográficas, la lengua utilizada y las influencias que históricamente han ido recibiendo, la contraposición entre ambas formas de ver el sistema legal estriba en la manera de entender el fenómeno jurídico, es decir la forma de entender y plantear la pregunta *¿qué es el Derecho?*, en este sentido, DAVID sostiene que *“Desde una perspectiva más amplia, el Derecho se presenta, sin embargo, no como la serie de normas vigentes en un momento dado, sino como una determinada estructura, la serie de clasificaciones que admite, el conjunto de conceptos que utiliza, el tipo de norma jurídica en el que se basa.”*¹³¹.

A. TRADICIÓN LEGAL DEL DERECHO CIVIL

El Derecho Civil es una tradición legal que se ha formado a través de diversos procesos sociales, culturales, políticos y jurídicos, estos procesos le han ido dando forma a las instituciones jurídicas originales. Por lo tanto, esta tradición no es sino el resultado de variados y múltiples acontecimientos que no siempre han tenido relaciones entre sí, lo que ha provocado que su desarrollo no tenga un solo punto de estudio. Esto es importante en la medida en que se constituye en la primera y más general diferencia respecto del Common Law, tradición la cual –como se verá con mayor profundidad más adelante- se ha desarrollado mediante un proceso histórico de carácter continuo e ininterrumpido. De esta manera lo expresa excelentemente DAVID, quien sostiene:

“La eclosión del sistema romano-germánico que se produce en los siglos XII y XIII no se debe en modo alguno a su afirmación por el poder político ni a la centralización llevada a cabo por una autoridad soberana. En esto se diferencia el sistema romano-

¹³¹ DAVID, René (1969). p. 260.

*germánico del derecho inglés, en el cual el desarrollo del Common Law va ligado al progreso del poder real y a la existencia de tribunales reales altamente centralizados. Nada parecido se observa en el continente europeo. Por el contrario el sistema romano-germánico se afirma en una época, siglos XII y XIII, en la que Europa no solo no constituye una unidad política, sino en la que se considera quimérica la idea de que las cosas podrían ser de otra forma (...)*¹³².

Apuntando a lo recién señalado, MERRYMANN da cuenta de que la complejidad del análisis de esta tradición jurídica está en su creación y desarrollo histórico, en la medida en que éste es el resultado de la mezcla de distintas “subtradiciones” con “*orígenes separados y desarrollos en diferentes períodos de la historia.*”¹³³. Estas subtradiciones son cinco: (i) Derecho Civil Romano; (ii) Derecho Canónico; (iii) Derecho Mercantil; (iv) Revolución; y (v) Ciencia del Derecho¹³⁴.

DAVID, si bien concuerda en esta compleja construcción histórica del Derecho Civil, la sitúa bajo otros fenómenos. Este autor sostiene que el Derecho Romano-Germánico, en tanto sistema o tradición jurídica, se formó en Europa continental, reconociendo en el Derecho Romano –como desarrollaremos- la creación u origen de sus elementos creadores, pero sostiene que fue desde el siglo XIII en adelante en donde el derecho continental comenzó a tornarse un sistema o una tradición jurídica, propiamente tal¹³⁵.

En definitiva, podemos notar que esta composición normativo-cultural del Derecho Civil da cuenta de lo complejo que resulta desentrañar su estructura, DAVID lo expresa claramente, señalando “*El sistema jurídico romano-germánico siempre se ha fundado exclusivamente*

¹³² DAVID, René (1969). p. 28. En un mismo sentido, pero en referido a la complejidad de la construcción de la tradición romano-germánica MERRYMAN, John y PERDOMO-PÉREZ, Rogelio (2014), p. 26

¹³³ MERRYMAN, John y PÉREZ- PERDOMO, Rogelio (2014). P. 26.

¹³⁴ Para un desarrollo extenso de cada una de estas subtradiciones véase: MERRYMANN, John y PÉREZ – PERDOMO, Rogelio (2014). PP. 26-47.

¹³⁵ Para un desarrollo extenso véase: DAVID, René (1969), pp. 23-56.

sobre una comunidad de cultura. Nació y sigue existiendo con independencia de todo significado político.”¹³⁶.

A.1 ORIGEN DEL DERECHO CIVIL

Con respecto al origen de esta tradición legal, no existe unanimidad. MERRYMAN sostiene que su inicio se remonta al año 450 a.C., fecha coincidente con la aparición de las XII Tablas en Roma¹³⁷. DAVID, por su parte, sostiene que el origen de esta tradición legal está fijado en el siglo XIII¹³⁸.

Este trabajo, respecto al origen de esta tradición, adscribe a la posición de DAVID, quien no obstante fijar el inicio de esta tradición legal en el siglo XIII, reconoce en el Derecho Romano las bases y cimientos fundantes de esta tradición jurídica, explicando que “*Desde un punto de vista científico, la aparición del sistema jurídico romano-germánico debe situarse en el siglo XIII. Con anterioridad a esa fecha existían, sin duda, los elementos con los que más tarde se constituiría, pero no puede hablarse todavía propiamente ni de sistema ni de Derecho.*”¹³⁹.

Así las cosas, explica que durante los siglos XII y XIII se produjo el renacimiento en Europa occidental, durante este período se manifiesta un resurgimiento de la importancia o necesidad del Derecho para asegurar el orden dentro de la sociedad y, asimismo, destaca la importancia que tuvo en las universidades el estudio del Derecho, el cual se basó, en un principio, en el estudio del Derecho Romano y, progresivamente, se amplió este estudio a los sistemas, normas y legislaciones de cada nación, pasando por el estudio del Derecho Natural¹⁴⁰.

¹³⁶ DAVID, René (1969), p. 28.

¹³⁷ MERRYMAN, John y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio (2014). pp. 21-47 y 112-113.

¹³⁸ DAVID, René (1969), p. 23.

¹³⁹ DAVID, René (1969), p. 23.

¹⁴⁰ DAVID, René (1969), p. 27.

A.2 ESTRUCTURA DEL DERECHO CIVIL

DAVID sostiene que la estructura de los derechos de la familia romano-germánica es semejante, para comprobar aquello es necesario constatar dos cosas: a. la similitud en las categorías en que se clasifican las normas jurídicas; y b. el papel predominante que tiene la norma dentro del sistema.

A.2.1. Clasificaciones y conceptos en la tradición del Derecho Civil

La tradición del Derecho Civil reconoce hoy en día y desde hace algún tiempo la distinción -a estas alturas famosa- entre el Derecho Privado y el Derecho Público¹⁴¹. El origen de esta distinción está en un texto de ULPIANO¹⁴². Desde el Derecho Romano, entonces, esta distinción se ha mantenido incólume en la tradición occidental, dándole un orden que con mayor o menor intensidad, y reconocimiento, permite analizar organizativamente la composición del ordenamiento jurídico en los países del Derecho Occidental. Es importante destacar esto último, la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado es reconocible en todos (o prácticamente todos) los ordenamientos que son parte del derecho romano-germánico. Chile, por cierto, no es la excepción, nuestro sistema jurídico reconoce claramente esta distinción entre el Derecho Privado y el Derecho Público.

DAVID es aún más certero y señala “*En todos los países de la familia romano-germánica, la ciencia jurídica agrupa las normas en idénticas categorías generales. En todas partes encontramos la misma división básica entre Derecho público y Derecho privado, que se corresponde a una diferente formación y orientación de los juristas (...)*”¹⁴³.

¹⁴¹ En este sentido, con mayor o menor intensidad se ha reconocido en la doctrina. Véase: SQUELLA NARDUCCI, Agustín (2004). *Introducción al Derecho*, (Editorial Jurídica de Chile, Santiago), pp. 364 y ss.; y LATORRE, Ángel (2012). *Introducción al Derecho*, (Ariel Ediciones, Barcelona), pp. 155 y ss.

¹⁴² SQUELLA NARDUCCI, Agustín (2004), p. 364.

¹⁴³ DAVID, René (1969), p. 62.

Ahora bien, en términos simple, ÁNGEL LATORRE señala que el Derecho Público:

“(…) se caracteriza porque en él existe un ejercicio del poder del Estado. Sus normas son las que van dirigidas a regular la organización y la actividad del Estado y demás entes públicos y sus relaciones como tales entes públicos con los particulares.”¹⁴⁴.

Por su parte, el Derecho privados es:

“(…) aquel que regula las relaciones entre particulares, es decir, aquellas en que ninguna de las partes actúa revestida de poder estatal.”¹⁴⁵.

Hay que destacar que esta clasificación no resulta totalmente acabada, estas áreas no están absolutamente diferenciadas y no se pueden encontrar hoy en día en estados puros de desarrollo. Por el contrario, esta clasificación presenta criterios y principios básicos que las orientan en su creación y aplicación, mas no por ello impiden la posibilidad de que rasgos privados se manifiesten en las relaciones típicamente públicas y viceversa, que los particulares se sometan n determinadas ocasiones a los caracteres del derecho público.

Entonces bien, la tradición del Derecho Continental se posa sobre esta clasificación, ramificándose -como se desarrollará- en diferentes áreas jurídicas más especializadas, que integran o forman parte, en virtud de sus características, del Derecho Público o del Derecho Privado.

Estos espacios jurídicos de mayor especialización reciben el nombre de ramas del Derecho. Una rama del Derecho es, según LATORRE, un *“grupo o conjuntos de normas que, por referirse a sectores individualizados de la vida social y por apoyarse en unos principios*

¹⁴⁴ LATORRE, Ángel (2012), p. 156.

¹⁴⁵ LATORRE, Ángel (2012), p. 156.

*comunes que les dan trabazón y una coherencia interna, y los diferencian de otros grupos de normas, se consideran ramas autónomas del Derecho.”*¹⁴⁶.

Algunos ejemplos de estos cuerpos jurídicos más especializados son: Derecho Procesal; Derecho Constitucional; Derecho Tributario; Derecho Laboral o del Trabajo; Derecho Comercial; Derecho Penal; Derecho Administrativo; Derecho Económico; entre otros¹⁴⁷.

Esta estructuración jurídica en relación con las áreas que conforman un ordenamiento trae como gran consecuencia el hecho de que cualquier sujeto, ciudadano de una país o comunidad que pertenezca a la tradición romana-germánica, podrá identificar sin mayores problemas de qué trata cada una de las ramas señaladas, será capaz de comprender a qué parte del sistema corresponde y estará en condiciones de comprender el funcionamiento y teleología de estas áreas jurídicas. Esto implica que todas las personas que habitan un espacio geográfico y normativo relativo al Derecho Continental comparten una batería de instituciones, conceptos y clasificaciones que le permiten articular el Derecho -en tanto fenómeno cultural- de una manera similar.

En este sentido, DAVID sostiene:

*“Esta semejanza permite a quien conozca uno de tales Derechos la fácil comprensión de los demás. Pueden variar, de país a país, las normas sustantivas, pero, en cualquier caso, estamos en condiciones de saber de qué se trata y de comprender el problema planteado o la cuestión discutida; sabemos cuál es su naturaleza y el lugar que le corresponde en el sistema, sin que necesitemos explicaciones suplementarias y sin que tengamos que realizar el esfuerzo que requeriría la adaptación a una mentalidad extraña.”*¹⁴⁸.

¹⁴⁶ LATORRE, Ángel (2012), p. 155.

¹⁴⁷ En este sentido: DAVID, René (1969), p. 64.

¹⁴⁸ DAVID, René (1969), p. 65.

En conclusión, la estructuración de la Tradición Romano-Germánica a partir de clasificaciones del Derecho basadas en sus características y principios fundamentales, permite identificar determinados ordenamientos jurídicos como pertenecientes a una tradición específica del mundo. Esto es algo que la tradición del Derecho Civil recoge de una manera ejemplar, siendo la única con capacidad para homogeneizar el funcionamiento de las instituciones jurídicas entre la diversidad de países asociados a esta tradición (ya se verá que el Common Law se estructura a partir de otro tipo de instituciones y no son homologables a otros derechos de habla inglesa de manera tan clara como sucede con el derecho continental).

A.2.2. Rol que juega la norma jurídica en la tradición del Derecho Civil.

El concepto y el papel que la norma cumple dentro de un ordenamiento jurídico constituyen un elemento crucial para el desarrollo estructural de la tradición Derecho Civil. Esto implica desentrañar cómo el entendimiento de la norma jurídica permite afirmar la unidad de los ordenamientos que componen la tradición Romano-Germánica¹⁴⁹.

En primer término, y tal como se ha hecho mención, la codificación en la tradición continental es fundamental, es el mecanismo más importante de establecimiento normativo. Para DAVID, la norma jurídica “*es la base fundamental en que la que sea sienta la codificación, la cual, a diferencia de la consolidación, sólo puede prosperar sobre dicha concepción.*”¹⁵⁰.

En segundo lugar, la norma jurídica se perfila como la piedra angular de la configuración del sistema de fuentes del derecho. En este sentido, la concepción que se tiene de norma y el lugar que ocupa en el sistema son cuestiones que emergen como piezas fundamentales al momento de observar el estrecho lazo que generan entre los juristas de esta tradición legal¹⁵¹.

¹⁴⁹ En adelante, para todos los efectos se sigue lo sostenido por DAVID, René (1969), pp. 72-78.

¹⁵⁰ DAVID, René (1969), p. 74.

¹⁵¹ David, René (1969), p. 75.

En tercer lugar, la norma jurídica en la tradición continental tiene dos propiedades fundamentales, sin las cuales no lograría ser la base de la codificación, ni menos la piedra angular del sistema de fuentes del derecho. Estas propiedades son la generalidad y la abstracción, DAVID señala que las normas están en un punto medio entre la decisión concreta del caso y los principios, sosteniendo:

“en los países del sistema que consideramos, el arte del jurista consiste en saber hallar la norma y en su formulación de acuerdo con las siguientes exigencias: no debe ser ni demasiado general, ya que dejaría de ser, en tal caso, una guía suficientemente segura para orientarse en la práctica, ni demasiado concreta, a fin de abarcar un cierto tipo de situaciones, no limitándose exclusivamente, como ocurre con la decisión judicial, a una situación judicial.”¹⁵².

En cuarto y último lugar, la norma jurídica en esta tradición jurídica tiene un componente de previsibilidad destacado, en tanto dota a sus normas de una generalidad y abstracción mayor que otros sistemas (como se desarrolló anteriormente), ello comporta, como dice DAVID, que *“el conocimiento del Derecho francés, o de cualquier otro ordenamiento del sistema, sea mucho más fácil de lograr que el de un ordenamiento perteneciente al sistema del Common Law. El abogado francés, egipcio o japonés podrá explicar a su cliente con mucha mayor facilidad que su colega inglés, norteamericano o canadiense, la norma o normas jurídicas que se aplicarán al caso en cuestión.”¹⁵³.*

¹⁵² DAVID, René (1969), p. 76.

¹⁵³ DAVID, René (1969), p. 76.

A.3 FUENTES DEL DERECHO CIVIL

Las fuentes del derecho constituyen un elemento interesantísimo a la hora de analizar una tradición legal, estas reflejan la construcción y organización de ordenamiento jurídico. Podemos definir las como “*los hechos de los cuales éstas derivan brotan o surgen.*”¹⁵⁴.

En este sentido, podemos decir que las fuentes del derecho que conforman la tradición Romano-Germánica son: a. La ley; b. La costumbre; c. La jurisprudencia; d. La doctrina; y e. Los principios generales¹⁵⁵.

A.3.1. La ley

Históricamente se ha entendido que la ley es la fuente principal del derecho, subordinándose las restantes a ella. Ahora bien, ello no deja de ser una apreciación pasada de moda y casi caricaturesca de las fuentes del derecho en la tradición continental.

Ciertamente el papel de la ley es muy relevante, ello se condice con el carácter predominantemente escrito que poseen los países integrantes de esta tradición, lo cual se traduce en la existencia de códigos legales que son depositarios de las leyes y reglamentos de manera sistematizada, a diferencia de lo que ocurre en el Common Law, como se verá más adelante. Sin embargo, tal y como señala DAVID “*la soberanía de la ley es, en los países de la familia romano-germánica, una ficción y que, junto a la ley, cabe hablar de otras fuentes muy importantes.*”¹⁵⁶. En conclusión, progresivamente los ordenamientos de esta tradición jurídica han ido equilibrando su sistema de fuentes normativas, dando cabida y espacio a nuevas formas de generar derecho.

¹⁵⁴ ALLESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; y VODANOVIC, Antonio (2009). *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*, (Editorial Jurídica, Tomo Primero, Séptima Edición, Santiago), p. 111.

¹⁵⁵ DAVID, René (1969), pp. 79 y ss.

¹⁵⁶ DAVID, René (1969). p. 80

Ahora bien, es imposible desconocer que la mayoría o casi todos los países de la tradición Romano-Germánica han visto en la ley la herramienta más idónea para consagrar enunciados normativos que otorguen claridad y seguridad a las diferentes situaciones que van desarrollándose en las relaciones sociales, más aún cuando estas relaciones se van haciendo más y más complejas con el paso del tiempo. En este sentido, sostiene DAVID *“Finalmente, la ley, debido a su precisión de expresión, se presenta como la técnica más perfecta cuando se trata de enunciar normas claras, en una época en que la complejidad de las relaciones sociales exige, entre elementos de una solución justa, la precisión y claridad.”*¹⁵⁷.

En este contexto, la codificación del siglo XIX fue un fenómeno histórico-jurídico de gran importancia, convirtiendo a los “Códigos” en las herramientas jurídicas ideales para contener el conjunto de leyes que normarían la vida de los sujetos en una sociedad.

Ahora bien, dentro de la ley encontramos que los ordenamientos modernos se rigen por un principio de jerarquía normativa estrictamente configurado. En la cúspide generalmente se puede encontrar una Constitución escrita, la cual tiene por objeto, principalmente, organizar el poder político, regulando las esferas de actuación de los órganos del Estado; y, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial -principalmente- buscan disponer y reconocer derechos sociales y políticos, originando contemporáneamente las democracias constitucionales.

En muchos ordenamientos, mas no en todos, las Constituciones marcan el carácter de las normas jerárquicamente inferiores, obligando al legislador a ejercer su tarea respetando los preceptos contenidos en la Carta Fundamental. Este es el caso de Chile, en donde contamos con una jurisprudencia constitucional que vela porque las leyes que se vayan a promulgar no sean inconstitucionales (control preventivo) y que una vez promulgadas no se apliquen inconstitucionalmente (control represivo), para tales efectos contamos con un Tribunal Constitucional, el cual tiene facultades específicas para este tipo de controles.

¹⁵⁷ DAVID, René (1969), p. 84.

En segundo lugar, jerárquicamente hablando, se encuentran los códigos legales. Un código es una herramienta normativa que agrupa una serie de disposiciones referidas a una misma área del derecho cuya pretensión es -precisamente- regular dicha área jurídica, sistematizándola, dotándola de coherencia y cohesión y estableciendo principios básicos para su aplicación.

Con el *Code Civil* o Código de Napoleón, del año 1804¹⁵⁸, el movimiento codificador se consagra como técnica jurídica, siendo este libro uno de los más influyentes de esta tradición¹⁵⁹. En nuestras tierras, el Código Civil chileno fue redactado en 1855, mediante un moderno y sofisticado trabajo del profesor venezolano don Andrés Bello.

En tercer lugar, existen las leyes ordinarias que viene a ser normas esparcidas por el ordenamiento sin una sistematización ulterior definida pero que se ocupan de regular aspectos específicos de la vida jurídica.

En este sentido, podemos sostener que la ley, no teniendo la avasalladora importancia que antiguamente le era reconocida, sigue siendo la principal fuente de producción normativa y sobre la cual ha girado -en mayor medida- la construcción legal de la tradición Romano-Germánica.

A.3.2. La costumbre

En opinión de DAVID, la costumbre juega un rol preponderante en la construcción de las fuentes del derecho, señalando que “*el legislador, el juez, los autores, son guiados, más o*

¹⁵⁸ ALLESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; y VODANOVIC, Antonio (2009). *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*, (Editorial Jurídica, Tomo Primero, Séptima Edición, Santiago), p. 100.

¹⁵⁹ En este sentido TAPIA, Mauricio (2005). “Codificación: Entre pasión y desencanto por las leyes”. En MARTINIC, Dora y TAPIA, Mauricio (Dir.) *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, (Lexis Nexis, Santiago), p. 969.

menos conscientemente, por la opinión y por la costumbre de la comunidad en la formulación y aplicación que hacen del Derecho.”¹⁶⁰.

Para DAVID, la costumbre está en el punto medio entre la escuela sociológica del derecho y el positivismo jurídico, en tanto no es el elemento fundamental que sostienen los primeros, ni tampoco una cuestión insignificante como para los segundos. La costumbre -sostiene- es una herramienta más para hallar la decisión justa¹⁶¹.

Ahora bien, en relación con su importancia práctica, la costumbre cumple hoy -principalmente- la misión de servir de ayuda para la interpretación de conceptos o estándares normativos que de no mediar la costumbre estaría desprovisto de concreción práctica. Así las cosas, aun cuando la costumbre vaya adquiriendo un mayor reconocimiento en los ordenamientos contemporáneos no deja de ser secundaria y alternativa a la ley, en tanto fuente del derecho.

A.3.3. La jurisprudencia

Esta fuente del derecho permite oponer claramente la visión que existe del derecho y de la actividad jurisdiccional entre el *Common Law*, con la tradición del Derecho Civil, tal y como quedara asentado al momento de revisar el papel que juega la jurisprudencia en el derecho anglosajón.

Ahora bien, con independencia de que las decisiones judiciales presenten en el derecho continental una intensidad bastante menor que en el derecho del *Common Law*, nadie podría negar la importancia que tiene en nuestro ordenamiento.

Son famosos los repertorios y anales jurisprudenciales que a lo largo de la historia han ido recopilando los fallos más importantes de nuestros tribunales, con miras a tener un cuerpo de

¹⁶⁰ DAVID, René (1969), p. 97.

¹⁶¹ DAVID, René (1969), p. 97.

jurisprudencia que permita reforzar posiciones en determinados casos o abordar interpretativamente otros que posean una dificultad mayor.

Generalmente, el papel de la jurisprudencia queda subsumido a la ley y a las interpretaciones que de ella se hagan, sin embargo, nada obstaría a que los jueces, frente a determinados casos concretos, escapen de la interpretación tradicional y planteen nuevas ideas sobre preceptos normativos específicos, reconociéndose a los jueces un poder o facultad de crear derecho. En este sentido, DAVID plantea que “*La jurisprudencia desempeña un papel creador en la medida en que, en cada ordenamiento, tal proceso conduce más allá de la simple exégesis.*”¹⁶².

Con todo, la jurisprudencia ha sido poco destacada como fuente del derecho, siempre ha tenido un papel secundario en la tradición del derecho continental. Es importante mencionar que progresivamente con el correr del tiempo, los jueces han ido superando la aplicación silogística y mecánica de la ley, tendiendo hacia un razonamiento de mayor interpretación y discrecionalidad.

A.3.4. La doctrina

La doctrina, en simples términos, es todo trabajo científico en relación con cualquier institución o fenómeno relacionada con el derecho.

Cabe destacar que en un principio la doctrina fue la gran fuente del Derecho en la tradición continental. La actividad universitaria, desde el siglo XI hasta el siglo XIX, fue la fuente por excelencia del derecho, no fue sino hasta inicios del siglo XIX en donde, producto de los movimientos codificadores, la ley pasó a tener la preponderancia que conocemos hoy en día, dejando casi obsoleta la labor de la dogmática jurídica.

¹⁶² DAVID, René (1969), p. 101

Ahora, si bien es cierto que la doctrina ha cumplido -desde la codificación en adelante- un papel secundario en la teoría de las fuentes del derecho, no es menos cierto que progresivamente ha ido conquistando su propio territorio dentro del quehacer jurídico, logrando posicionarse dentro del ordenamiento con un papel activo en cuanto a la interpretación y sistematización de las normas vigentes.

En este sentido lo advierte DAVID, quien sostiene “(...) *habrá que reconocer que la doctrina constituye todavía, como en el pasado, una fuente muy importante y viva del mismo. Su función se manifiesta en el hecho de que la doctrina forja el vocabulario y los conceptos jurídicos que van a ser utilizados por el legislador (...)*”¹⁶³. Efectivamente, la doctrina en la actualidad cumple un rol importantísimo al momento de desarrollar conceptos nuevos, sistematizar el vocabulario jurídico y dotar de herramientas para la interpretación de las leyes.

Destaca, entre todas estas funciones, la influencia que sobre los agentes judiciales tiene la doctrina. No me refiero solamente a los jueces, sino también a los litigantes, quienes deben sostener posiciones jurídicas en los tribunales que muchas veces resultan de análisis intrincados, los que solamente encuentran eco en posiciones doctrinarias.

Asimismo, los propios jueces y con mayor intensidad cada vez, están llevando al ejercicio de la jurisdicción interesantes teorías propuestas desde la Academia, las que han permitido dotar de dinamismo y evolución a las decisiones de los tribunales, acercándola muchas veces a la ciudadanía.

Así las cosas, es imposible sostener que la doctrina sea una fuente principal o primaria del derecho continental, pero es innegable que ha ejercido -y ejerce con mayor fuerza cada vez- una influencia importante en los agentes jurídicos. Así podemos concluir que la doctrina posee un valor normativo en tanto esté respaldada por un antecedente normativo concreto o por una interpretación normativa específica, ya que por sí sola no permite sostener o fundamentar una decisión jurisdiccional.

¹⁶³ DAVID, René (1969), p. 108.

A.3.5. Los principios generales

Los principios son, según RONALD DWORKIN “*un conjunto de estándares que no son normas*”, los cuales operan con una mayor abstracción y vaguedad que las normas jurídicas¹⁶⁴.

Los principios jurídicos propenden a la orientación de los agentes del derecho en la comprensión e interpretación de una regla jurídica concreta, los principios se construyen - como lo señala DWORKIN- como enunciados de una amplitud y vaguedad mayor, que contrasta con la especificidad y concreción de las reglas.

Estos enunciados tienen diversas funciones, dentro de las cuales se pueden reconocer: (a) criterio de interpretación de normas; y (b) herramientas de coherencia y cohesión del ordenamiento.

Ahora bien, los principios se utilizan -con mayor frecuencia- para justificar una u otra interpretación específica respecto a una norma jurídica, mas no como una manera de justificar autónomamente una decisión. En este entendido la capacidad para ser fuente positiva del derecho depende de que sean tenidos en cuenta y materializados en decisiones judiciales, esto es que sean incorporados como factores de argumentación en favor de un precepto jurídico vigente. Sin embargo, contemporáneamente es posible ver fallos judiciales sostenidos principalmente por principios jurídicos.

En conclusión, los principios cumplen un rol importante en nuestro ordenamiento y, en general, en los ordenamientos de la tradición Romano Germánica, en tanto dotan de herramientas a los operadores judiciales para que frente a casos difíciles o complejos puedan

¹⁶⁴ DWORKIN, Roland (1984). *Los Derechos en Serio*, (Ariel, Barcelona. 8º Edición, 2010), pp. 72-83.

encontrar soluciones ahí donde el derecho codificado no las encuentra, en consideración a su limitada capacidad para proveer de soluciones ante todos los casos.

Por ello es imprescindible contar con un sistema de fuentes extenso que permita encontrar las mejores decisiones a todos los casos que en la práctica se presentan.

B. TRADICIÓN LEGAL DEL *COMMON LAW*¹⁶⁵

La tradición del *Common Law* destaca, según opinión autorizada sobre esta materia¹⁶⁶, por su desarrollo autónomo a lo largo de su evolución, lo cual la diferencia de lo que sucede con el Derecho Romano-Germánico, el cual -como se señaló- basa su actual constitución en diversos procesos intelectuales e históricos que tornan difícil su entendimiento como un solo camino evolutivo.

DAVID ha sostenido que el derecho del *Common Law* requiere que su estudio se fundamente en una *perspectiva histórica*, afirmando que “(...) el Derecho inglés no fue renovado ni por el Derecho romano, ni por la codificación, fenómenos característicos del Derecho francés y, en general, de todos los Derechos de la familia romano-germánica.”¹⁶⁷.

Por su parte, la autora MARTA MORINEAU coincide en esta idea, sosteniendo que “la influencia del derecho romano en la formación del derecho inglés fue escasa”¹⁶⁸ y continúa desarrollando:

¹⁶⁵ Para efectos del ejercicio descriptivo de esta tradición jurídica nos basaremos en el Derecho inglés por ser este en dónde se radica el origen (geográfico e intelectual), el desarrollo y las características definitorias del *Common Law*.

¹⁶⁶ DAVID, René (1969). p. 241 y ss. y MORINEAU, Marta (1967). *Una introducción al Common Law*, (UNAM, México), pp. 10-11

¹⁶⁷ DAVID, René (1969). p. 242.

¹⁶⁸ MORINEAU, Marta (1967), p. 10.

“los juristas ingleses consideran que su derecho se caracteriza por una ‘continuidad histórica’, sin influencias extranjeras, ni rupturas, como fueron, según su opinión, la recepción del derecho romano, o el proceso codificador, fenómenos que caracterizan a los sistemas jurídicos continentales. El derecho inglés por su parte se desarrolló de manera autónoma, a lo largo de una evolución ininterrumpida y apegada invariablemente a los principios del *Common Law* y la *Equity*.”¹⁶⁹.

Entonces bien, hay que entender al derecho del *Common Law* como un desarrollo histórico continuo. Este desarrollo se entiende por la ausencia o escasa influencia que otros sistemas jurídicos tuvieron en él, tales como el Derecho Romano. Este hecho produjo que las costumbres y tradiciones legales de los pueblos que componen el derecho anglosajón pudieran manifestarse, por decirlo de algún modo, de manera pura.

B.1 ORIGEN DEL COMMON LAW

El origen del *Common Law* se remonta al año 1066, época en la cual el rey inglés Haroldo II fue vencido por Guillermo “*el Conquistador*”, en la batalla de Hastings, unificando en una corona todos los reinos anglosajones¹⁷⁰.

El nombre de *Common Law* lo debe a la intención que tuvieron Guillermo I y sus sucesores, desde la unificación de los reinos anglosajones, de agrupar la administración de justicia y el derecho a partir de la labor de los tribunales reales. Esta labor de unidad nacional se concretó, según señala MORINEAU, por medio de la búsqueda de lo que había de “común” en las diversas costumbres locales que componían el nuevo reino unificado¹⁷¹. Así también

¹⁶⁹ MORINEAU, Marta (1967), p. 11.

¹⁷⁰ MORINEAU, Marta (1967), p. 13. DAVID, René (1969), p. 243-244 y MERRYMAN, John y PÉREZ-PERDOMO (2014), p. 23.

¹⁷¹ MORINEAU, Marta (1967), p. 15.

lo sostiene DAVID, quien señala “*La Comune Lay o Common Law es, en oposición a las costumbres locales, el Derecho común a toda Inglaterra.*”¹⁷².

B.2 ESTRUCTURA DEL COMMON LAW

Como se mencionó, la estructura de cada tradición jurídica termina constituyendo su carácter definitorio, permitiendo una clara y entendible separación entre cada una de ellas. En este sentido la estructura del derecho inglés es diametralmente opuesta a la estructura del Derecho Civil.

Todas las diferencias estructurales que nos ofrece una comparación entre las principales tradiciones jurídicas se explican, como señala DAVID, por una cuestión histórica en relación al disímil desarrollo que una y otra tradición experimentó¹⁷³. En este sentido sostiene “*El Derecho inglés, por el contrario, ha sido ordenado al margen de toda exigencia lógica, en los cuadros impuestos por el procedimiento; solo en la época reciente, no hace más de un siglo, y como consecuencia de la abolición del antiguo sistema procedimental, la ciencia jurídica se ha esforzado en racionalizar sus cuadros.*”¹⁷⁴. Esto da cuenta de que el derecho inglés ha sido típicamente construido a partir de la tradición¹⁷⁵.

Ahora bien, la estructura del *Common Law*, además de caracterizarse por su construcción histórica continua, puede identificarse en base a varios puntos estructurales que permiten su comparación con el Derecho Civil.

En primer lugar, el *Common Law* presenta sus propias distinciones o clasificaciones, desconociendo las típicas y tradicionales que gobiernan nuestros sistemas normativos. Esta

¹⁷² DAVID, René (1969), p. 244.

¹⁷³ DAVID, René (1969), p. 263.

¹⁷⁴ DAVID, René (1969), p. 244.

¹⁷⁵ DAVID, René (1969), p. 244. En un mismo sentido MORINEAU, Marta (1967), p. 20.

tradición jurídica se basa en la distinción tradicional entre el *Common Law* y *Equity*¹⁷⁶. Otra expresión de esto radica en los conceptos fundamentales, esta tradición jurídica se fundamenta en instituciones tales como *trust, bailment, estoppel, consideration, trespass*¹⁷⁷, entre otras, que se separan de las lógicas jurídica del Derecho Civil.

En segundo lugar, el *Common Law* posee un concepto de *norma jurídica* diferente. La *legal rule*, como sostiene DAVID, significa algo diferente al concepto de norma conocida por nuestro sistema jurídico. La *legal rule* posee una generalidad muchísimo menor a nuestro concepto normativo¹⁷⁸.

En tercer lugar y retomando un punto tratado más arriba tenemos la división tradicional del Derecho inglés entre el *Common Law* y la *Equity*¹⁷⁹.

El *Common Law* ha sido históricamente la rama principal del Derecho anglosajón, la cual se constituye a partir de las decisiones jurisprudenciales adoptadas en los tribunales reales. La *Equity*, por su parte, es la rama secundaria del Derecho inglés, que tuvo su origen en la insuficiente del *Common Law* para resolver todas las problemáticas que iban surgiendo en la vida jurídica, y se configura a partir de la jurisprudencia del Tribunal de la Cancillería¹⁸⁰.

En un principio estas dos ramas del derecho inglés se posicionaron de forma paralela, existiendo cierta fricción entre ambas¹⁸¹, cada una poseía sus propios tribunales y procedimiento¹⁸². Con posterioridad dicha fricción dio paso a un proceso de pacífica unión y

¹⁷⁶ DAVID, René (1969), p. 261

¹⁷⁷ DAVID, René (1969), p. 261

¹⁷⁸ DAVID, René (1969), p. 261

¹⁷⁹ DAVID, René (1969), p. 265.

¹⁸⁰ MORINEAU, Marta (1967), p. 16. DAVID, René (1969), p. 253.

¹⁸¹ MORINEAU, Marta (1967), p. 18.

¹⁸² Para mayor detalle de las diferencias entre cada una de las ramas del Derecho inglés véase DAVID, René (1969), pp. 269 y ss.

complementación, tal y como sostiene MORINEAU¹⁸³. La separación de estas dos ramas jurisprudenciales del Derecho inglés se mantuvo hasta el 1873-1875 años en los cuales se dictaron dos leyes (los *Judicature Acts*) que unieron los tribunales del *Common Law* y de la *Equity*, esto se logró mediante la creación de la *Supreme Court of Judicature*, tribunal que - como señala MORINEAU- quedó “*integrado por varios cuerpos, que absorbieron a los tribunales reales que ya conocemos, y al Tribunal de la Cancillería.*”¹⁸⁴.

DAVID sostiene una opción algo diferente, señalando que las *Judicature Acts* de los años 1873 y 1875 no cambiaron en nada el panorama de las dos jurisprudencias, sino que lo que hicieron, a través de la *Supreme Court of Judicature*, fue permitir que todos los tribunales pudiesen fallar ya sea en función al *Common Law* o en función de la *Equity*¹⁸⁵.

B.3 FUENTES DEL DERECHO

Determinada en forma general la estructura del *Common Law*, es necesario desarrollar una cuestión fundamental de cualquier tradición legal y muy particular del Derecho inglés, sus fuentes. El *Common Law* posee su propia estructura de fuentes del derecho, que se diferencia bastante de nuestro derecho. Las fuentes del Derecho inglés son: a. La jurisprudencia; b. La ley; c. La costumbre; y d. La doctrina.

B.3.1. La jurisprudencia.

No es un misterio que el *Common Law* es un derecho jurisprudencial, tal y como lo señala DAVID, quien reconociendo esto entiende que las causas de esta consideración, en relación al Derecho inglés, se deben principalmente a “*(...) la menor influencia ejercida en Inglaterra por las Universidades, y la doctrina y al hecho de que el legislador no ha llevado nunca a*

¹⁸³ MORINEAU, Marta (1967), p. 18.

¹⁸⁴ MORINEAU, Marta (1967), p. 19.

¹⁸⁵ DAVID, René (1969), p.268 y ss.

*cabo, mediante la técnica de la codificación, una reforma general del Derecho, este, el Derecho inglés, ha conservado, tanto por lo que se refiere a sus fuentes, como a su estructura, sus rasgos originarios.”*¹⁸⁶.

La jurisprudencia, en términos simples -tal y como señala MORINEAU¹⁸⁷- es el concepto que permite referirse en extenso a las decisiones tomadas por los tribunales de justicia en la resolución de los casos que son sometidos a su conocimiento. Ahora bien, la importancia de la jurisprudencia como fuente dentro del Derecho inglés puede emanar de dos aspectos fundamentales.

El primero dice relación con una cuestión histórica. Esto es, básicamente, que las decisiones de los jueces son más antiguas que las leyes. El segundo argumento, más técnico, es la obligatoriedad del precedente judicial, el cual se conoce en la jerga inglesa como *stare decisis*, lo cual en palabras de MORINEAU significa “*que los tribunales deben respetar o adherirse a las decisiones judiciales anteriores.*”¹⁸⁸.

Enfocándonos en este último elemento, la *doctrina del precedente*, como se ha denominado por SIMON WHITTAKER, consiste en “*el conjunto de normas con arreglo a las cuales los fallos anteriores pueden ser vinculantes para el proceso posterior*”¹⁸⁹. Esta doctrina está compuesta por dos elementos fundamentales, por un lado, la identificación de la parte de la sentencia que es capaz de obligar, denominada *ratio decidendi* y, por otro lado, la jerarquía judicial¹⁹⁰.

¹⁸⁶ DAVID, René (1969), p. 285.

¹⁸⁷ MORINEAU, Marta (1967), p. 23. Esta autora destaca que jurisprudencia, en inglés, se traduce como *case-law*, siendo *jurisprudence* lo que para nosotros sería filosofía del derecho.

¹⁸⁸ MORINEAU, Marta (1967), p. 23.

¹⁸⁹ WHITTAKER, Simon (2006). “Precedent in English Law: A View from the Citadel”, En *European Review for Private Law*, pp. 705-746. Traducido al castellano por BANFI, Cristián (2008). “El precedente en el Derecho Inglés: Una visión desde la ciudadela”, En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35 N°1, p. 49. En lo que sigue, se utilizará la traducción realizada por el profesor Banfi.

¹⁹⁰ WHITTAKER, Simon (2006), traducido por BANFI, Cristián (2008). p. 39.

Respecto a la parte de la sentencia que puede obligar, la fuerza obligatoria radica o se constituye en virtud de la relación existente entre la *ratio decidendi* (fundamentos de una decisión) con los hechos de un caso posterior y con las reclamaciones efectuadas por las partes en conflicto¹⁹¹. Estas asociaciones las realiza el segundo tribunal involucrado, es decir, aquel que emplea la decisión del tribunal anterior como precedente.

Respecto a la jerárquica judicial, la doctrina del precedente se ve ampliamente influenciada por la jerarquía de los tribunales involucrados, WHITTAKER así lo dispone, diciendo “*un tribunal está obligado a seguir todo caso (esto es, la ratio según recién fue explicada) resuelto por un tribunal de superior jerarquía y los tribunales de apelación - diversos de la Cámara de los Lores- están vinculados por sus propios fallos.*”¹⁹².

Entonces bien, como se señaló, la jurisprudencia en el derecho inglés es la piedra angular en relación con el origen del derecho, es la base desde donde se erige el ordenamiento inglés.

No obstante esta consideración, es pertinente señalar que la doctrina del precedente no es usada de manera irracional, mecánica o automática por los jueces ingleses sino todo lo contrario, tiene un relato racional de fondo que permite tomar la decisión correcta para cada caso. En este sentido concluye su trabajo WHITTEAKER, señalando:

“(...) ellos [los jueces] intentan comprometerse con los diversos enfoques, técnicas, principios y consideraciones descubiertas en los litigios previos y evaluar sus argumentos de fondo. De este modo, el proceso de decisión judicial inglés se revela como mucho más complejo que lo que la descripción formal de la doctrina del precedente sugeriría fácilmente, toda vez que los jueces procuran dirimir la tensión que existe entre las virtudes de la coherencia y la igualdad que subyacen al stare

¹⁹¹ WHITTAKER, Simon (2006), traducido por BANFI, Cristián (2008). p. 49-53.

¹⁹² WHITTAKER, Simon (2006), traducido por BANFI, Cristián (2008). p. 51.

*decisis y la necesidad de adaptar el Derecho para hacer justicia a los hechos que evolucionan ante sí.”*¹⁹³.

B.3.2. La ley

Como se señaló, las decisiones de los tribunales de justicia componen la fuente primaria del Derecho inglés, no obstante el terreno que ha ido ganando la ley (*Statute, Act of Parliament*) con el paso del tiempo en el mundo anglosajón¹⁹⁴.

Con independencia de lo anterior, la ley sigue siendo una fuente secundaria y a la sombra de la jurisprudencia, tal y como reconoce DAVID:

*“La teoría clásica ve en la ley (lato sensu) una fuente secundaria del Derecho. Según esta teoría, la ley se limita a aportar una serie de errata y de adenda al cuerpo principal del Derecho inglés, constituido por la jurisprudencia; según esta concepción, la ley no hace más que aportar correctivos y aditamentos a los principios; no debe buscarse en ella los principios del Derecho sino simples soluciones que vienen a precisar o rectificar los principios establecidos en la jurisprudencia.”*¹⁹⁵.

El Derecho inglés carece del sentido de la escrituración de las leyes, así como carece de constitución escrita. En esta tradición jurídica el movimiento codificador no permeó la configuración jurídica, esto es precisamente lo que, en parte, explica el papel de la jurisprudencia versus el rol que juega la ley en el mundo anglosajón¹⁹⁶.

En este sentido, DAVID reconoce a las leyes como cuerpos o entes extraños dentro del Derecho inglés, señalando:

¹⁹³ WHITTAKER, Simon (2006), traducido por BANFI, Cristián (2008). p. 77.

¹⁹⁴ MORINEAU, Marta (1967), p. 25.

¹⁹⁵ DAVID, René (1969), p. 297.

¹⁹⁶ En este sentido WHITTAKER, Simon (2006), traducido por BANFI, Cristián (2008). p. 41.

“Lo verdaderamente fundamental estriba en que la ley, en la concepción tradicional inglesa, no es considerada como un modo de expresión normal del Derecho. Se presenta siempre como un cuerpo extraño al Derecho inglés. Los jueces la aplicarán, por supuesto, pero la ley que contiene la norma se verá plenamente incorporada al Derecho una vez que haya sido aplicada e interpretada por los Tribunales, y en la forma y medida en que se haya llevado a cabo esa interpretación y aplicación.”¹⁹⁷.

En conclusión, la ley es reconocida como fuente por el Derecho inglés, aun cuando sea secundaria y de aplicación e interpretación restrictiva.

B.3.3. La costumbre

La costumbre en el Derecho inglés posee un rol extraño. Como adelantábamos, el *Common Law* se forma a partir de las costumbres comunes de todos los pueblos que habitaban el territorio anglosajón con anterioridad a la conquista y unificación realizada por Guillermo I a partir de la batalla de Hastings el año 1066, sin embargo, de ello no se sigue, en caso alguno, que el *Common Law* sea un derecho consuetudinario.

Todo lo contrario, la costumbre como fuente de derecho juega un papel secundario en comparación con las otras dos fuentes ya analizadas. La costumbre se compone de tres elementos: (i) la *costumbre general*; (ii) la *costumbre mercantil*; y (iii) la *costumbre local*¹⁹⁸.

La *costumbre general* es aquella a la cual hacíamos mención en párrafos anteriores, y está compuesta por todas las costumbres de los antiguos reinos anglosajones que habían sido los componentes originales del *Common Law*.

¹⁹⁷ DAVID, René (1969), p. 297.

¹⁹⁸ MORINEAU, Marta (1967), p. 26.

Respecto a la *costumbre mercantil*, se dice que esta data de la Edad Media, a partir de las conductas, comportamientos y prácticas adoptada por los comerciantes y mercaderes de la época¹⁹⁹ con miras a regular los intercambios mercantiles que se empezaron a producir incipientemente en dicho momento.

Por último, la *costumbre local*, tal y como dice MORINEAU, es aquella “*que puede hacer valer una persona ante un tribunal, buscando se le reconozca y declare un derecho que ha venido ejerciendo por algún tiempo*”²⁰⁰.

En cuanto al papel de la costumbre, como ya se sostenía, juega un papel sumamente irrelevante dentro del ordenamiento jurídico inglés.

Esto se explica por el hecho de que existen normas que exigen que la costumbre, para que sea obligatoria, tiene que ser inmemorial²⁰¹. Lo anterior permite concluir, tal y como lo hace DAVID²⁰², que la costumbre tiene un campo de acción extremadamente limitado, si bien es cierto que el carácter de inmemorial no se exige para la costumbre mercantil, es precisamente en la esfera de los otros tipos de costumbre en donde más aplicación puede llegar a tener ésta como fuente, ya que la costumbre comercial ya ha sido materializada como derecho.

En conclusión, podemos sostener, con seguridad, que la costumbre es reconocida como fuente de derechos en el Derecho inglés pero que tiene escasa aplicación, toda vez que está sometida a requisitos de aplicación de difícil superación, constituyendo una fuente extremadamente secundaria de derecho.

¹⁹⁹ MORINEAU, Marta (1967), p. 26.

²⁰⁰ MORINEAU, Marta (1967), p. 26.

²⁰¹ DAVID, René (1969), p. 300. La citada norma data del año 1265 y sostiene que para que la costumbre sea inmemorial debe probarse que ella es existente desde el año 1189. Hoy claramente no se exige demostrar que aquel año o los siguiente existía, pero si se prueba que no estaba, no resulta posible declarar su inmemorialidad.

²⁰² DAVID, René (1969), p. 300.

B.3.4. La doctrina o razón

La doctrina es aquella fuente del derecho que emana de la opinión de autoridad manifestada por académicos o intelectuales dedicados a reflexionar en relación con el quehacer jurídico, tanto normativo como jurisprudencial.

En el *Common Law* nos dice MORINEAU, la doctrina como fuente del derecho se refiere a los libros de autoridad, estos son aquellos “*libro de texto antiguo*”²⁰³, que –como su nombre lo dice- corresponden a artículos académicos que por su antigüedad se consideran fuentes jurídicas de consulta necesaria y esclarecedora para resolver casos jurídicos de una dificultad superior o simplemente robustecer decisiones judiciales tomadas por los jueces y tribunales de justicia.

Ahora bien, la función específica, más allá de completar, complementar o robustecer decisiones judiciales o apoyar ideas o argumentos de los abogados litigantes en sus presentaciones, corresponde -según DAVID- a un papel importante en relación con la integración e interpretación en el Derecho inglés. Dice DAVID que el Derecho inglés, al ser casuista, asume con mayor facilidad la existencia de lagunas jurídicas y, en ese sentido, se otorga a la *razón* o *doctrina* un papel de fuente subsidiaria del derecho, destinada a colmar esas lagunas²⁰⁴.

III. ESTRUCTURACIÓN DEL ESTADO (O DEL PODER) Y DEL PROCESO JUDICIAL²⁰⁵

Revisado lo que es una tradición legal y desarrollada la importancia de estas a lo largo de la Historia del Derecho, es necesario adentrarse en la relevancia que tiene para la formación de una tradición legal y por ende de un sistema jurídico, la estructuración del Estado o del poder. Este análisis parte del argumento consistente en que la estructuración del proceso legal

²⁰³ MORINEAU, Marta (1967), p. 27.

²⁰⁴ DAVID, René (1969), p. 302.

²⁰⁵ Todo este acápite está basado en el análisis del libro de Mirjan Damaska.

en un sistema judicial depende, en gran medida, de la forma que tenga dicho Estado de organiza el poder, en este sentido lo concibe MIRJAN DAMASKA, quien en su libro “*Las caras de la justicia y el poder del Estado*”²⁰⁶, proporciona un estudio de las relaciones que se van generando entre una tradición jurídica, una forma de organización estatal y la determinación del proceso (este último elemento como expresión de un sistema legal determinado).

DAMASKA propone la estructuración del poder del Estado en función a dos modelos. El modelo jerárquico, por una parte, y, por otra, el modelo paritario. El primero está asociado, principalmente, a los sistemas pertenecientes al Derecho Civil y, el segundo, asociado, principalmente, al Derecho Anglosajón. El análisis realizado se propone en base a tres criterios básicos²⁰⁷: i) Atributos de los funcionarios; ii) relaciones entre los distintos funcionarios y; iii) manera de tomar decisiones²⁰⁸.

Este apartado será dedicado a desarrollar cada uno de los modelos propuestos, analizando los criterios diferenciadores propuestos por el autor, los cuales permitirán identificar los aspectos que se presentan o identifican en el modelo chileno y cómo ellos han de sustentar la tesis propuesta en este trabajo, en orden a reconocer y hacer necesario el reconocimiento, de una garantía constitucional enfocada en el derecho al recurso.

²⁰⁶ DAMASKA, Mirjan (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, (Editorial Jurídica de Chile, Santiago).

²⁰⁷ DAMASKA, Mirjan (2000). pp. 33-36.

²⁰⁸ Vale destacar que el autor es sumamente claro en destacar que, si bien estos criterios dan cuenta de una comparación satisfactoria de ambos modelos, pueden existir otros que también hagan patente la diferenciación. Así también destaca que los diferentes caracteres se van mezclando conforme van pasando los años, pudiendo encontrarse características combinadas en diversos modelos. Es decir, resulta difícil identificar hoy un ordenamiento en que estos modelos se presenten de manera pura.

A. MODELO JERÁRQUICO

Este modelo, tal y como sostiene DAMASKA²⁰⁹, está asociado a la burocracia clásica, la cual se caracteriza por un cuerpo profesional de funcionarios, organizados en base a un orden jerárquico predeterminado por ley (generalmente), el cual insta a la movilidad interna en base a experiencia y años de servicios. Por otra parte, las decisiones judiciales se estructuran según un cuerpo normativo-técnico previamente establecido por el poder legislativo, el cual orienta, guía y también limita la toma de decisiones.

A. I. CUERPO DE FUNCIONARIOS PROFESIONALIZADOS

En este modelo, las personas encargadas de impartir justicia, resolviendo los asuntos sometidos a su conocimiento, forman un cuerpo cerrado cuyo hermetismo hacia lo “externo” es –casi- inexpugnable.

Generalmente, estos cuerpos profesionalizados emergen de Escuelas o Academias dedicadas exclusivamente a la formación de los profesionales judiciales. En Chile existe la Academia Judicial, organismo que está a cargo de formar a los futuros jueces de la República y de perfeccionar a los existentes. Tras obtener el título de abogados, estos, junto con la posibilidad de ejercer libremente la profesión (entre otras alternativas), pueden optar por la formación judicial, enfocada únicamente a preparar, en base a criterios académicos, morales y éticos, a los futuros magistrados del país.

En este contexto, los jueces formados en estas Escuelas o Academias forman un grupo – como dijimos- cerrado que se identifican a sí mismos como grupo, (auto)separándose del resto de los operadores jurídicos. En Chile, dicho grupo se denomina el Poder Judicial.

²⁰⁹ DAMASKA, Mirjan (2000). p. 35.

En este sentido DAMASKA, quien reconoce que las agrupaciones así construidas “*desarrollan un sentido de identidad con otros individuos situados en posiciones similares, haciendo rígida la demarcación entre los “de adentro” y los “de afuera”*”²¹⁰.

Esta construcción de un cuerpo especializado, con identificación propia y dedicación exclusiva va creando aspectos o características especiales. Por ejemplo, encontramos la generación de rutinas y especialización de las tareas. En Chile es común que en cada tribunal existan personas (comúnmente llamadas “proveedores”) que se dediquen a temas específicos y que sean ellos los que resuelvan todos los asuntos en relación con esa materia (i.e. las liquidaciones, las medidas precautorias, los juicios ejecutivos, entre otras).

Por otra parte, encontramos que dentro de estos contextos o dinámicas de trabajo se van desarrollando respuestas “tipo” frente a circunstancias de hecho similares, que por un lado buscan acelerar la resolución de los asuntos y, por otro, buscan conseguir coherencia interna en la toma de decisiones. Sin embargo, esta automatización de las decisiones puede ir socavando la justicia caso a caso, no logrando identificar los rasgos o elementos fácticos que distingue un conflicto de otro.

En este sentido, cabe destacar que es sumamente difícil que dos casos, aunque similares o referidos a una misma cuestión jurídica, respondan a condiciones fácticas idénticas. Esta sola comprobación vuelve sumamente riesgosa la automatización en la toma de decisiones.

A. 2. ORGANIZACIÓN JERÁRQUICA DE LOS FUNCIONARIOS

Un segundo atributo que permite identificar a este modelo de organización del poder dice relación con la organización interna de los funcionarios y, en general, de todo el sistema. En un modelo jerárquico los funcionarios se desenvuelven en estructuras que responden a un orden vertical preestablecido.

²¹⁰ DAMASKA, Mirjan (2000), p. 37.

Gráficamente, esto supone la existencia de una pirámide de vasos sobre los cuales se derrama una cierta cantidad de líquido. Este fenómeno necesariamente provocará que en la cúspide resida la mayor cantidad de líquido, el cual, una vez lleno, se irá derramando a los estratos más bajos de la pirámide de vasos. Sucede lo mismo en estos modelos.

Los funcionarios se organizan típicamente en niveles de funcionamiento. En la base se encuentran los de menor jerarquía y en la cúspide él o los de mayor jerarquía. El líquido, en el ejemplo propuesto, representa el poder que cada uno dentro del Poder Judicial, mientras más arriba en la pirámide jerárquica, mayor será el nivel de control que se posea respecto a las decisiones de los jueces inferiores, por contrapartida, mientras más abajo en la pirámide jerárquica, mayor será la posibilidad de que se revisen o controlen las decisiones judiciales, disminuyendo de esa forma, el impacto que dicha decisión tenga en el sistema. Esto se gráfica en la constatación en nuestro sistema del disímil peso específico que tiene una decisión de la Primera Sala de la Corte Suprema, respecto al concepto de incumplimiento contractual, en comparación con el mismo reconocimiento que realiza el 5° Juzgado Civil de Santiago, por ejemplo.

Llevándolo al caso del derecho chileno y más específico aun en materia civil, la organización judicial también responde a una lógica piramidal. En la base de la estructura se encuentran los jueces de letras en lo civil, sobre ello se radican las Cortes de Apelaciones y sobre ella se posiciona la Corte Suprema, como el órgano judicial que posee la última palabra del ordenamiento. El Máximo Tribunal es aquel que tiene todo el poder, el cual es delegado a los tribunales para que ellos, bajo su supervigilancia lo ejerzan resolviendo los casos que ante su conocimiento se ventilen.

En Chile, a nivel general está lo que se conoce como el Escalafón Judicial, el cual es un listado anual, elaborado por la Corte Suprema, de todos los miembros del Poder Judicial

según su antigüedad. Se compone por el Escalafón Primario²¹¹ (el que está dividido en categorías) y el Escalafón Secundario²¹².

En definitiva, como señala DAMASKA “*El orden jerárquico del poder implicaba apoyarse en un sistema amplio y regular de revisión de apelaciones (...)*”²¹³. Esto último, además de dar cuenta del tema principal de ese trabajo, identifica uno de los rasgos característicos de los sistemas configurados jerárquicamente -como el chileno- en donde una revisión por los superiores se configura como esencial y necesaria para mantener estable orden configurado verticalmente.

A. 3. RESOLUCIÓN TÉCNICA DE LOS CONFLICTOS SOMETIDOS A SU CONOCIMIENTO

DAMASKA aborda este atributo desde dos puntos de vista. Uno enfocado en la orientación tecnocrática y otro enfocado en la legalidad²¹⁴. El prisma u orientación tecnocrática tiende hacia sistemas en donde la especialización de los conflictos es recurrente y los casos que

²¹¹ Los artículos 267 y 269 del Código Orgánico de Tribunales establece la constitución de los escalafones. El **Escalafón Primario** está compuesto por: Ministros de Corte Suprema; fiscal judicial Corte Suprema (*primera categoría*); Ministros y fiscales judiciales de Corte de Apelaciones; relatores y secretario de la Corte Suprema (*segunda categoría*); Jueces de Juzgado o Tribunal de ciudad de asiento de Cortes de Apelaciones y los relatores y secretarios de Cortes de Apelaciones (*tercera categoría*); Jueces de Juzgado o Tribunal de ciudad capital de provincia (*cuarta categoría*); Jueces de Juzgado o Tribunal de comuna o agrupación de comunas y los secretarios de Juzgado de ciudad de asiento de Corte de Apelaciones (*quinta categoría*); Secretarios de Juzgado de ciudad capital de provincia, el prosecretario de la Corte Suprema y el secretario abogado del fiscal judicial de la Corte Suprema (*sexta categoría*); y los secretarios de Juzgado de comuna o agrupación de comunas (*séptima categoría*).

²¹² El **Escalafón Secundario** está constituido por los Defensores Públicos, los Notarios, los Conservadores, los Archiveros Judiciales, los administradores, subadministradores y jefes de unidad de los tribunales, los Procuradores del Número, los Receptores, los Miembros del Consejo Técnico y los bibliotecarios judiciales.

²¹³ DAMASKA, Mirjan (2000). p. 57.

²¹⁴ DAMASKA, Mirjan (2000). p. 41.

llegan a los tribunales reclaman un conocimiento técnico elevado y experto. Sin embargo, el modelo jerárquico tradicional tiende hacia el enfoque legalista²¹⁵.

El enfoque legalista dice relación con el hecho de que la toma de decisiones de los operadores jurídicos se encuentra dentro de un marco limitado de posibilidades, las cuales vienen dadas por cuerpos normativos cohesionados y sistemáticos, que otorgan certeza, seguridad y previsibilidad a los justiciables en relación con el abanico de decisiones plausibles frente a un caso determinado. En este sentido, como dice DAMASKA “*La propiedad de la decisión queda evaluada en términos de fidelidad a la norma aplicable.*”²¹⁶.

Ahora bien, este autor distingue dos variantes del enfoque legalista: (i) *enfoque pragmático* y (ii) *enfoque lógico*²¹⁷. Tradicionalmente se aviene más al modelo jerárquico el enfoque legalista lógico. Este se enfoca en “*normas libres de contexto*”²¹⁸ que resultan de una generalidad muchísimo mayor, optando por la creación de un sistema de normas y principios conectados entre sí.

En un modelo jerárquico, los órganos jurisdiccionales están sujetos en su actividad a conjuntos más o menos sistemáticos de normas y principios que crean un marco legal dentro del cual se *mueve* la decisión correcta del caso sometido a su decisión.

Una de las consecuencias más destacable de este enfoque, según DAMASKA, dice relación con el resultado de este restringido acercamiento a la decisión jurisdiccional. Esta decisión

²¹⁵ En Chile no es la regla general, por el contrario. Eso si pueden nombrarse ejemplo de tribunales altamente especializados como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

²¹⁶ DAMASKA, Mirjan (2000), p. 42.

²¹⁷ El enfoque legalista *pragmático* dice relación con ordenamientos en donde las normas están dirigidas a parcelas estrechas de la vida social, en clave de ejemplos que señalan cómo deben tratarse situaciones diarias de la vida. En este sentido DAMASKA señala que “*el órgano decisorio lo compara con el ejemplo estándar y mientras más estrecha sea la similitud entre los dos, mayor será la fuerza directriz de la norma.*” (DAMASKA, Mirjan (2000), p. 43.

²¹⁸ DAMASKA, Mirjan (2000), p. 43.

puede, ciertamente, conllevar resultados negativos, injustos o poco equitativos, pero este modelo, basado en este enfoque lógico de la legalidad, superpone al contenido, una forma de conseguir decisiones judiciales, el autor reflexiona sobre este punto diciendo que “*se hace presente la naturaleza distintiva de la orientación legalista: la norma debe aplicarse, incluso si los resultados son negativos.*”²¹⁹.

B. MODELO PARITARIO

Este segundo modelo señalado por DAMASKA se define por una organización de personas no profesionales que se ubican en un nivel único de poder o jerarquía y que basan sus decisiones en normas comunes que no difieren de los estándares que la comunidad utiliza²²⁰.

B.1 FUNCIONARIOS LEGOS Y TEMPORALES

En el modelo paritario, a diferencia de lo señalado en referencia al modelo jerárquico y su profesionalización en la toma de decisión en posiciones de poder, los funcionarios son llamados a ejercer puestos de poder de manera limitada o temporal, son llamados especialmente a ciertas y determinadas materias.

En este sentido, resulta que estos funcionarios legos no van generando un *espíritu* de pertenencia²²¹, sino que mantienen su individualidad intacta, no alejándose de su esfera personal de toma de decisiones. En este sentido, no existe una diferenciación entre el que está afuera del que esta adentro.

Tal y como dice DAMASKA, estos funcionarios, dada la limitada y temporal permanencia en sus puestos “*tiene pocas posibilidades de desarrollarse una rutina: los funcionarios*

²¹⁹ DAMASKA, Mirjan (2000), p. 42.

²²⁰ DAMASKA, Mirjan (2000), p. 35.

²²¹ DAMASKA, Mirjan (2000), p. 46.

neófitos, por su corta permanencia en el cargo, tienen mucho espacio para la espontaneidad y la improvisación, para reaccionar de modo emocional y actuar ex abundantia cordis.”²²².

En un contexto así, prolifera la libertad y con ella el valor de la disidencia. Es muy común en estos entramados que existan una mayor cantidad de votos disidentes, que los funcionarios sean más propensos a manifestarse en contra de la opinión mayoritaria y que se manifiesten con recurrencia sobre ellas, ya sea durante sus funciones actuales o en futuras intervenciones. Asimismo, esta organización dificulta la existencia de una memoria robusta que otorgue cohesión y coherencia interna, impidiendo otorgar un relato al “órgano” que decide.

En definitiva, existe una ausencia de preparación y formación previa de los funcionarios, estos son sujetos comunes, a los que se les otorgan determinadas funciones temporales que no generan un sentido de pertenecía con el órgano y que carecen de una memoria y de un espíritu colectivo.

B.2 HORIZONTALIDAD EN LA DISTRIBUCIÓN DEL PODER

Un segundo elemento o criterio que permite describir a este modelo es la horizontalidad en la manera de distribuir el poder. Esta idea dice relación con que ninguno de los funcionarios que integren el poder es diferente (jerárquicamente) al otro, sino que todos están en un plano de relativa igualdad.

En este sentido, para aquellos identificados con una lógica jerárquica podría atemorizar el hecho de una contienda de competencia o una intervención de facultades entre los diversos funcionarios, sin embargo, en las lógicas horizontales ello se subsana mediante la consecución de acuerdo o ajustes voluntarios, logrando criterios y directrices comunes que permitan otorgar coherencia a las decisiones que vayan tomando.

²²² DAMASKA, Mirjan (2000), p. 46.

Ahora bien, con respecto a este punto, resulta importante destacar la cercanía de estos funcionarios con el caso concreto. Estos funcionarios -como se señaló anteriormente- están dotados de mayor libertad y en ese sentido están capacitados, a falta de un poder central y superior que se haga de todos los detalles del caso, para dar cuenta de todos los aspectos de cada asunto, resultando en que será muy difícil que dos funcionarios tengan un caso igual que posibilite un eventual conflicto de competencia.

En definitiva, vemos en este cuerpo, horizontalmente configurado, una igualdad de poderes para la solución de un caso y, al mismo tiempo, una ausencia de poder central y jerárquico que unifique los criterios y esquematice los diferentes casos a decidir.

B.3 ENFOQUE EN EL CONTENIDO DE LAS DECISIONES.

Por último, un tercer criterio identificador de este modelo dice relación con la manera de tomar decisiones de estos funcionarios organizados horizontalmente en torno al poder.

Claramente, en un tipo organizacional de esta naturaleza, los funcionarios no están maniatados por normas técnicas o legales definidas rígidamente *ex ante*, sino que, por el contrario, están dotados de una libertad amplia que les permitan conectarse con -en palabras de DAMASKA- “*las normas éticas, políticas o religiosas imperantes*”²²³. En este sentido, insiste el autor, cualquier precepto, orden o enfoque que les inste a tomar decisiones separándose de estos estándares, debiese ser rechazado.

DAMASKA ha identificado este enfoque con la justicia substantiva que “*son abiertas*”, a diferencia de las normas fijadas textualmente²²⁴, las cuales tienden a una expresión imperfecta de las soluciones justas. De este modo, las soluciones tienden hacia lo concreto y particular, a diferencia de la generalidad y abstracción que caracteriza a las normas

²²³ DAMASKA, Mirjan (2000), p. 51.

²²⁴ DAMASKA, Mirjan (2000), p. 52.

establecidas *ex ante*, de este modo, los decisores se conectan en mayor medida con el contexto que los rodea y con la comunidad que integra su jurisdicción.

IV. EL PODER JUDICIAL Y EL PROCESO LEGAL CHILENO A PARTIR DE LA TRADICIÓN CONTINENTAL Y EL MODELO JERÁRQUICO.

Vistos de manera general los principales caracteres de las tradiciones jurídicas más importantes y los modelos tradicionales y paradigmáticos de la ordenación del Estado, es interesante posicionar nuestro sistema dentro de ellos, permitiendo dar cuenta que, así constituido nuestro Poder Judicial y nuestro procedimiento civil, es necesario contar con un derecho al recurso que asegure a los justiciables la posibilidad de concurrir ante un superior jerárquico a efectos de revisar las sentencias judiciales.

A medida que se iban revisando las diferentes tradiciones y las diversas formas de configuración del Estado, se sostuvo –en varias ocasiones– que el ordenamiento chileno (el Poder Judicial y el procedimiento civil en específico) están marcadamente influenciados por la tradición jurídica continental y por un modelo jerárquico de organización estatal.

A continuación, se describirá brevemente cómo se configura el Poder Judicial chileno, de manera de dar cuenta la jerarquización a la que adscribe y cómo ello influye en el procedimiento civil que tenemos.

A. ORGANIZACIÓN JUDICIAL CHILENA.

Antes de entrar al desarrollo orgánico del Poder Judicial chileno en relación con el procedimiento ordinario en materia civil, es preciso explicar –en simples términos– cómo se configura el ejercicio de la jurisdicción en nuestro país y cómo está concebida la organización en nuestro país ²²⁵.

²²⁵ Para lo que sigue en relación con la configuración de la organización judicial véase: BORDALÍ, Andrés (2009). “Organización judicial en el derecho chileno: un poder fragmentado”, En *Revista Chilena de Derecho*,

Primero, según el artículo 76 de la Constitución Política de la República, el ejercicio de la jurisdicción corresponde a los “*tribunales establecidos por la ley.*”, entonces, la función jurisdiccional no es ejercida únicamente por el Poder Judicial, en los términos planteados anteriormente, es decir como un cuerpo cohesionado, endogámico, profesionalizado, jerarquizado y técnico, sino que está distribuida en todos los tribunales que el legislador ha establecido y pretenda establecer conforme a la ley.

Ahora bien, producto de esta escasa determinación de la Carta Fundamental respecto al ejercicio de la jurisdicción, la organización judicial chilena, en palabras de BORDALÍ, es dispersa y orgánicamente compleja²²⁶, lo que permite concluir que “*el caso chileno destaca por un elevado nivel de fragmentación en la organización judicial.*”²²⁷.

La fragmentación de la organización judicial en Chile provoca, según este autor, “*una dispersión normativa que no asegura siempre y en todo lugar la igualdad de tratamiento de los justiciables, además de propender a la inseguridad jurídicas.*”²²⁸.

Los tribunales establecidos por la ley pueden agruparse en dos grandes categorías. En términos del artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales, existen tribunales que integran el Poder Judicial y otros tribunales que no integran el Poder Judicial.

Entre estos últimos, popularmente conocidos como “*tribunales especiales*”²²⁹ encontramos el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el Tribunal Ambiental, entre otros.

vol. 36 N°2, pp. 215-244 y VARGAS, Macarena y FUENTES, Claudio (2018). *Introducción al Derecho Procesal. Nuevas aproximaciones*, (Der Ediciones, Santiago).

²²⁶ BORDALÍ, Andrés (2009). p. 229.

²²⁷ BORDALÍ, Andrés (2009). p. 230.

²²⁸ BORDALÍ, Andrés (2009). p. 230.

²²⁹ VARGAS, Macarena y FUENTES, Claudio (2018), p. 208.

Las diferencias existentes entre estos dos tipos de tribunales radican en que, primero, los tribunales pertenecientes al Poder Judicial están sometidos a las disposiciones del Código Orgánico de Tribunales²³⁰, mientras que los otros poseen su propia regulación. Segundo, y en relación con lo anterior, los tribunales pertenecientes al Poder Judicial están sometidos a la supervigilancia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

Ahora bien, la fragmentación de la organización judicial, en general, y específicamente en Chile, socava la pretensión nacida con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial de contar con un Poder Judicial unitario, esta pretensión, según BORDALÍ:

“(...) tenía por objetivo, por una parte, lograr una aplicación de la ley de un modo más igualitario, con el fin de evitar de que determinados ciudadanos o grupos fueran enjuiciados por tribunales especiales que dieran un trato más favorable o desfavorable a ellos, según sea el caso. Por otra parte, la idea de un poder judicial unitario pretendió consolidar la separación entre poderes y hacer de la jurisdicción un poder realmente autónomo al modo de un baluarte ante las influencias de los poderes políticos.”²³¹.

Estas funciones recién descritas, como se adelantó, se ven obstaculizadas mediante la proliferación de tribunales especiales que no poseen una organización común y autónoma, careciendo de un gobierno central que otorgue lineamientos y directrices para su funcionamiento.

El Poder Judicial y los tribunales que lo integran se caracterizan por una estructuración jerárquica graficada en una pirámide, como ya ha sido señalado²³². En lo que respecta al

²³⁰ BORDALÍ, Andrés (2009), p. 225.

²³¹ BORDALÍ, Andrés (2009), p. 224.

²³² En este sentido: VARGAS, Macarena y FUENTES, Claudio (2018). p. 210-211.

procedimiento ordinario civil de mayor cuantía, los tribunales intervinientes son los Jueces de Letras, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema²³³.

A.1 LOS JUECES DE LETRAS

Estos tribunales constituyen el primer escalafón jerárquico de la “pirámide judicial” en materia civil. En palabras de CRISTIÁN MATURANA, los Jueces de Letras son “*Tribunales ordinarios, unipersonales letrados, de derecho y permanentes, que ejercen sus facultades sobre una comuna o agrupación de comunas y conocen en primera instancia de todos los asuntos no entregados a otros tribunales, siendo depositarios de la generalidad de la competencia. Su superior jerárquico es la Corte de Apelaciones.*”²³⁴.

Estos tribunales están regulados por ley, en los artículos 27 a 48 del Código Orgánico de Tribunales. Internamente, replican la organización jerárquica-piramidal del Poder judicial. En la parte superior de la pirámide se encuentra el(la) Juez(a) de Letras, quien comanda administrativamente el tribunal, más abajo está el (la) secretario(a) del tribunal, quien debe ser abogado(a) y, por último, se encuentran los(as) funcionarios(as) judiciales, comúnmente llamados actuarios(as) o proveedores(as)²³⁵.

Para ser Juez de Letras, según lo establecido en el artículo 252 del Código Orgánico de Tribunales, son necesarios los siguientes requisitos: (i) ser chileno; (ii) tener el título de abogado; y, (iii) Haber cumplido satisfactoriamente el programa de formación para postulantes al Escalafón Primero del Poder Judicial, ofrecido por la Academia Judicial. Salvo excepciones, sin estos requisitos ninguna persona puede ser Juez de Letras.

²³³ Vale destacar que también existen los tribunales unipersonales de excepción, que son aquellos en los cuales un ministro de Corte Suprema o Apelaciones o el Presidente de estas, funciona como tribunal ordinario para conocer de determinados asuntos.

²³⁴ MATURANA, Cristián (2015). *Concepto, clasificación y bases orgánicas de los tribunales ordinarios, especiales y árbitros. Los auxiliares de la administración de justicia*. Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 91.

²³⁵ VARGAS, Macarena y FUENTES, Claudio (2018), p. 218-219.

En cuanto a su nombramiento, los jueces de letras son designados por el Presidente de la República en base a una terna elaborada por la Corte de Apelaciones respectiva, según disponen los artículos 78 inciso 7° de la Constitución Política de la República y 263 del Código Orgánico de Tribunales.

A.2 LAS CORTES DE APELACIONES

Las Cortes de Apelaciones integran lo que se denomina los Tribunales Superiores de Justicia, junto con la Corte Suprema. Se pueden definir como “*tribunales ordinarios, colegiados, letrados, de derecho y permanentes, que ejercen sus funciones dentro de un territorio que es normalmente una Región o parte de una Región y son depositarios de casi la totalidad de la competencia de segunda instancia, conociendo además en única instancia o primera instancia de los demás asuntos que las leyes les encomienden.*”²³⁶.

Actualmente existen 17 Cortes de Apelaciones a lo largo de todo Chile. Estas, dentro de todas sus funciones, se posicionan como superior jerárquico de, entre otros, los Jueces de Letras.

Para ser Ministro(a) de la Corte de Apelaciones, según lo establecido en el artículo 253 del Código Orgánico de Tribunales, son necesarios los siguientes requisitos: (i) ser chileno; (ii) tener el título de abogado; y (iii) Haber cumplido satisfactoriamente el programa de formación para postulantes al Escalafón Primero del Poder Judicial, ofrecido por la Academia Judicial; y (iv) haber aprobado el programa de perfeccionamiento profesional para ser ministro de Corte de Apelaciones.

²³⁶ MATURANA, Cristián (2015). *Concepto, clasificación y bases orgánicas de los tribunales ordinarios, especiales y árbitros. Los auxiliares de la administración de justicia*. Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 106.

Respecto a su nombramiento, los artículos 78 inciso 6° de la Constitución Política de la República y 263 del Código Orgánico de Tribunales establecen que serán nombrado por el Presidente de la República previa terna propuesta por la Corte Suprema.

Dependiendo de la Corte de Apelaciones, sus ministros pueden ir desde 4 (Cortes de Iquique, Chillán o Puerto Montt, entre otras) a 34 como el caso de la Corte de Santiago.

A.3 LA CORTE SUPREMA²³⁷

La Corte Suprema es el tribunal jerárquicamente superior en el organigrama judicial chileno, se constituye, en palabras de PABLO BECERRA en el “*vértice superior*”²³⁸ de este sistema. Esto no ha mutado -orgánicamente- desde su configuración original en el siglo XIX²³⁹.

En palabras de MATURANA, el Máximo Tribunal del país es “*un tribunal ordinario, colegiado, letrado, de derecho y permanente, que es el detentador de la superintendencia directiva, correccional y económica respecto de todos los tribunales de la República (...). Su principal misión, en cuanto a competencia exclusiva y excluyente es conocer de los recursos de casación en el fondo y revisión.*”²⁴⁰.

²³⁷ Para un estudio profundo y completo de la historia de la Corte Suprema en Chile véase: BECERRA, Pablo (2017). *El rol de la Corte Suprema*, (Der Ediciones, Santiago), pp. 209-236.

²³⁸ BECERRA, Pablo (2017). p. 210. En un mismo sentido MATURANA, Cristián (2015). *Concepto, clasificación y bases orgánicas de los tribunales ordinarios, especiales y árbitros. Los auxiliares de la administración de justicia*. Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 124.

²³⁹ TAVOLARI, Raúl (2006). “Reflexiones sobre la Corte Suprema Chilena”, En *El papel de los Tribunales Superiores*, (Rubinzal-Culzone Editores, Santa Fe), pp. 471-472, citado en BECERRA, Pablo (2017). p. 236.

²⁴⁰ MATURANA, Cristián (2015). *Concepto, clasificación y bases orgánicas de los tribunales ordinarios, especiales y árbitros. Los auxiliares de la administración de justicia*. Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 124.

La Corte Suprema se compone de 21 ministros. La Corte funciona en 4 salas, según materias. La Primera Sala (Civil), la Segunda Sala (Penal), la Tercera Sala (Constitucional y Contencioso Administrativo) y la Cuarta Sala (Laboral o Previsional). Este Tribunal se posiciona como el superior jerárquico directo de todas las Cortes de Apelaciones del país.

Para ser Ministro(a) de la Corte Suprema, según lo establecido en el artículo 254 del Código Orgánico de Tribunales, son necesarios los siguientes requisitos: (i) ser chileno; (ii) tener el título de abogado; y (iii) Haber cumplido – en relación a los ministro que vengán a llenar una vacante dejada por un miembro perteneciente al Poder Judicial- satisfactoriamente el programa de formación para postulantes al Escalafón Primero del Poder Judicial, ofrecido por la Academia Judicial, salvo excepciones; (iv) Haber ejercido por 15 años la profesión de abogado, haberse destacado en la actividad profesional o universitaria -para el caso de los abogados extraños a Poder Judicial; y (v) cumplir con todos los demás requisitos necesarios para ser Ministro de la Corte de Apelaciones.

Respecto a su nombramiento, los artículos 78 inciso 3° de la Constitución Política de la República y 263 del Código Orgánico de Tribunales establecen que serán nombrados por el Presidente de la República previa quina propuesta por la Corte Suprema con aprobación del Senado.

B. JURISDICCIÓN CHILENA: UNA CONSTRUCCIÓN AÑOSA Y JERARQUIZADA.

El modelo judicial que posee nuestro país data del siglo XIX y no ha sido modificado -sustancialmente- desde esa época, todo lo contrario, sigue respondiendo a movimientos culturales y jurídicos que imperaban en aquella época. Así lo ha sostenido BECERRA:

“(...) el diseño institucional de la Corte Suprema del siglo XIX y el sistema judicial en que ella estaba inserta, siendo tal sistema tributario de una teoría política de cuño decididamente monárquico y pre republicano: un juez de primera instancia, superior del servicio administrativo de justicia que representa cada tribunal; una Corte de

Apelaciones, superior jerárquico del anterior a quien se encomienda la revisión de las decisiones del primero, dotada de mayores atribuciones administrativas y funcionarias, y que participa en el proceso de generación de jueces; para culminar en la Corte Suprema como cabeza de un Poder Judicial, superior administrativa de todo sistema y estación terminal de la carrera judicial chilena.”²⁴¹.

En un mismo sentido PATRICIO RONDINI FERNÁNDEZ-DÁVILA, en un artículo reciente:

“El poder judicial chileno, en lo organizativo, tiene un origen colonial que se mantuvo en la república. Se establece una estructura jerárquica con un amplio control desde la cúspide a las bases, encuadrándose en un modelo de juez funcionario propio del Estado Legislativo. El juez chileno ingresa a una carrera funcionaria en donde busca los beneficios y, a la vez, evita el castigo para ir ascendiendo en el escalafón judicial.”²⁴².

Habiendo dado cuenta -en términos generales- de la lógica que hay detrás de la organización judicial chilena es preciso plantearse la pregunta acerca de cómo esta organización -de cómo la construcción del Poder Judicial de nuestro país- ha influido, influye y seguirá influyendo en el ejercicio de la jurisdicción.

Los modelos de organización judicial afectan, indubitadamente, la manera en cómo se ejecuta la función jurisdiccional. En este sentido el modelo chileno, su origen y desarrollo, da cuenta de condiciones específicas que hacen vulnerable el ejercicio de la jurisdicción respecto a determinados vicios que hacen inviable una justicia válida a los ojos de un estado de derecho como el nuestro.

²⁴¹ BECERRA, Pablo (2017). p. 236.

²⁴² RONDINI FERNÁNDEZ-DÁVILA, Patricio (2019). “Anagnórisis al diseño institucional del poder judicial chileno: Jueces imparciales hasta que comienzan a serlo”, En *Revista de Derecho* N°246 (julio-diciembre), p. 208.

MATURANA, en su definición de jurisdicción, identifica como un rasgo esencial el principio de imparcialidad que deben detentar los Tribunales de Justicia²⁴³, sin embargo, el sistema chileno presenta una serie de elementos que contrarían dicha imparcialidad y hacen tambalear el correcto ejercicio de la jurisdicción.

La pregunta fundamental es ¿cómo la organización del Poder Judicial chileno posibilita la afectación de la imparcialidad, entre otros valores judiciales, de los jueces de la República? La respuesta dice relación con lo que señala RONDINI FERNÁNDEZ-DÁVILA respecto a que la organización judicial chilena crea los elementos y circunstancias específicas que ponen en riesgo la imparcialidad de los jueces al momento de decidir en uno u otro sentido²⁴⁴ un determinado asunto.

Antes de continuar es necesario aclarar un punto que puede ser objeto de dudas. Lo que acá se está sosteniendo es que el diseño institucional del Poder Judicial chileno crea las condiciones para alterar las facultades de independencia e imparcialidad de los jueces, sin embargo, ello no implica afirmar que los jueces, en la práctica, resuelven los casos de forma parcial o alejándose de su independencia. Dicho examen corresponde a un tipo de investigación diametralmente opuesta a la del presente trabajo, por lo tanto, no se responderá acá a la pregunta relacionada con la manera en cómo resuelven los tribunales chilenos según la configuración del Poder Judicial.

Entonces, la creación de estas condiciones posibilita que los jueces vean alterada su imparcialidad e independencia a la hora de resolver un asunto. Dicho todo esto, es necesario señalar cuáles son estas condiciones que ponen en riesgo o posibilitan la alteración de la independencia e imparcialidad de los jueces.

²⁴³ MATURANA, Cristián (2012): *“Introducción al Derecho Procesal, la jurisdicción y la competencia”* (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), p. 68.

²⁴⁴ RONDINI FERNÁNDEZ-DÁVILA, Patricio (2019), p. 187.

Como se desarrolló en apartados anteriores, nuestro modelo judicial se basa en una estructura jerárquica del poder estatal (en término de DAMASKA) altamente burocratizada y jerarquizada, en ese contexto se puede decir que tenemos un modelo organizativo basado en un juez funcionario, propio de un Estado Legislativo, en los términos de RONDINI FERNÁNDEZ-DÁVILA²⁴⁵.

Las condiciones creadas por la organización judicial chilena que obstaculizan la labor jurisprudencial son: la conformación de un Poder Judicial sometido al Poder Ejecutivo y Legislativo; la influencia política en las esferas más altas de la pirámide judicial; la organización jerárquicamente determinada del Poder Judicial; una carrera funcionaria dependiente de los superiores jerárquicos y; un sistema de premios y castigos basado en criterios amplios y subjetivos, radicados en la voluntad y discrecionalidad de los superiores jerárquicos.

Para dar ejemplos concretos de esto, nos detendremos en dos aspectos: (i) designación o elección de los jueces (tanto de letras como ministros de Tribunales Superiores); y (ii) calificación de los jueces.

En primer lugar, el nombramiento y/o ascenso de los jueces depende siempre (en parte) del superior jerárquico respectivo. Es decir, el nombramiento de los Jueces de Letras se realiza por el presidente de la República pero interviene la Corte de Apelaciones respectiva, el nombramiento de los ministros de la Corte de Apelaciones lo realiza el Presidente de la República pero previa terna elaborada por la Corte Suprema, superior jerárquico de ésta; y, por último, la designación de los Ministros de la Corte Suprema, lo realiza el Presidente de la República, previa aprobación del Senado, pero la elección se basa en una quina proveída por la misma Corte Suprema.

²⁴⁵ RONDINI FERNÁNDEZ-DÁVILA, Patricio (2019), p. 188-199.

Lo anterior trae como consecuencia tal y como advierten MACARENA VARGAS y CLAUDIO FUENTES, un desprotección constitucional y legal de la independencia interna de los jueces²⁴⁶.

En segundo lugar, la organización judicial chilena establece un sistema de premios y sanciones altamente discrecional, que puede crear las condiciones necesarias para permear la decisión de los jueces. El artículo 273 del Código Orgánico de Tribunales establece que los jueces del Poder Judicial y otros funcionarios ahí señalados serán calificados de manera anual.

La calificación la realizará el superior jerárquico correspondiente (i.e. Juez de Letras del 21° Juzgado Civil de Santiago, será calificado por el Pleno de la Corte de Apelaciones de Santiago), por medio de un procedimiento reservado (artículo 276 del mismo código) y se realizará en base a “*antecedentes objetivos*”, según lo dispuesto en el artículo 277 bis.

Esto llama la atención, ya que, no obstante señalar que la calificación se basará en antecedente objetivos, el mismo precepto señala que se tomará en consideración “*responsabilidad, capacidad, conocimientos, iniciativa, eficiencia, afán de superación, relaciones humanas y atención al público (...)*”. No es difícil concluir que los criterios señalados distan muchos de constituir antecedentes objetivos, todo lo contrario, manifiestamente muestran ser subjetivos, amplios y vagos.

Por último, los artículos 278 y 278 bis señalan que se crearán listas en base a las notas que obtengan cada uno de los jueces evaluados, las cuales pueden ir de “*lista sobresaliente*” a “*lista deficiente*”, pasando por la “*lista condicional*”, concluyendo que aquellos jueces que queden en la lista deficiente o por segundo año consecutivo en la lista condicional, serán removido de su cargo.

Tanto el sistema de promoción interna como el sistema de calificación de los jueces en el Poder Judicial chileno constituyen factores que socavan la independencia e imparcialidad

²⁴⁶ VARGAS, Macarena y FUENTES, Claudio (2018), p. 225.

judicial, esto genera las condiciones internas para que los jueces puedan apartarse del interés público que existe en relación a la resolución de los conflictos jurídicos, resolviendo de una manera parcial y arbitraria, sumiendo a los jueces en su interés personal, con miras a escalar en la pirámide judicial y a obtener buenas calificaciones.

En el contexto de la carrera funcionaria VARGAS y FUENTES se pronuncian identificando el riesgo de que *“un juez que aspira a ascender pueda fallar en un sentido u otro buscando “dar en el gusto” al juez o jueces que decidirán sobre su integración en la respectiva terna o quina, según sea el caso.”*²⁴⁷.

Ahora, en el contexto de los premios y castigos, se pronuncia RONDINI FERNÁNDEZ-DÁVILA, quien señala *“Los incentivos y castigos van predeterminando el comportamiento de los jueces en desmedro de la jurisdicción”*²⁴⁸. Y termina concluyendo:

*“Cuando ese diseño contempla una carrera funcionaria basada en premios y castigos, con alto grado de discrecionalidad, el objeto del proceso no resulta indiferente al juez porque es el medio a través del cual ganar la carrera funcionaria. Es decir, actúa movido por el interés personal y no por la aplicación del derecho conforme a razones que le mismo derecho suministra.”*²⁴⁹.

Antes de la conclusión acerca de que el derecho al recurso es imprescindible para la mantención del derecho al debido proceso y el respeto al estado de derecho que hoy día nuestro ordenamiento pregona, es preciso reiterar la idea de que en este trabajo no se está diciendo que en la práctica los jueces de nuestro país cometan estos vicios, sino que simplemente se está señalado que el propio sistema judicial crea las condiciones para que estos vicios se manifiesten, entorpeciendo la función jurisdiccional y conculcando garantías constitucionales básicas en relación al debido proceso.

²⁴⁷ VARGAS, Macarena y FUENTES, Claudio (2018), p. 225.

²⁴⁸ RONDINI FERNÁNDEZ-DÁVILA, Patricio (2019), p. 207.

²⁴⁹ RONDINI FERNÁNDEZ-DÁVILA, Patricio (2019). p. 208.

C. DERECHO AL RECURSO COMO PROTECTOR DE LOS VICIOS ENGENDRADOS POR LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL CHILENA.

Habiendo analizado la organización judicial chilena a la luz de sistema del Derecho Civil y del Modelo Jerárquico, previniendo que ninguno de ellos se presenta en estado puro, es preciso dar cuenta de que el derecho al recurso se posiciona -dentro de mucho otros remedios que no vienen al caso en este trabajo- como una herramienta clave y esencial para los justiciables respecto a los vicios que puedan cometer los jueces en la resolución de sus conflictos, en el contexto de la actual organización judicial chilena.

A diferencia del primer capítulo, aquí no se trata de una cuestión normativa de fondo, sino que se trata de una herramienta de protección a eventuales peligros engendrados internamente por el propio sistema judicial y que pueden poner en riesgo la justa y debida resolución de conflictos, socavando principios básicos del ordenamiento.

Por lo tanto, el reconocimiento de un derecho o garantía al recurso en los términos señalados en el capítulo primero de este trabajo constituye un pilar fundamental para la satisfacción del debido proceso, para el correcto ejercicio de la jurisdicción y para la correcta defensa de los intereses de los justiciables.

El derecho al recurso, en definitiva, se posiciona como una de las herramientas más importantes para hacer frente a problemáticas internas del Poder Judicial, provocadas por su propia organización, altamente jerarquizada y endogámica.

CAPÍTULO TERCERO

LOS RECURSOS EN MATERIA CIVIL: ¿EN DÓNDE ESTAMOS Y HACIA DÓNDE VAMOS?

I. ESTADO ACTUAL DE LOS RECURSOS EN EL ORDENAMIENTO CIVIL CHILENO

A. PROCEDIMIENTO CIVIL ACTUAL

Chile cuenta con un régimen recursivo amplio y general. Nuestro sistema jurídico (en lo referido al procedimiento civil ordinario de mayor cuantía) posee una extensa y variada gama de recursos procesales y, además, cuenta con que la generalidad de las resoluciones judiciales es impugnabile por medio de estos recursos.

Lo anterior es característico de un modelo jerárquico en los términos de DAMASKA, al cual –como se señaló en el capítulo segundo- adscribe, principalmente, el ordenamiento chileno²⁵⁰.

Nuestro sistema, tradicionalmente, fundamenta este tipo de sistema recursivo en la falibilidad humana, en el hecho de que los jueces, en tanto personas, se equivocan. Esta falibilidad humana, inherente a su propia naturaleza, es inatacable, puesto que su superación deviene en prácticamente imposible. Por ello, hay que construir un sistema que posea las herramientas suficientes para, por una parte, evitar dichos errores en la medida de lo posible y, por otra, y para el caso de que se verifiquen, subsanarlos.

En este sentido se pronuncian autores clásicos, entre los que destacan CARLOS ANABALÓN:

²⁵⁰ DAMASKA, Mirjan (2000), p. 87.

“se llega fácilmente a comprender que las resoluciones judiciales representan y deben representar el sagrado atributo del derecho, la verdad y la justicia. Mas, como la infalibilidad no es, al propio tiempo, atributo de los hombres ni siquiera de los jueces, que son tan hombres como el resto de la humanidad resulta tampoco bien forzoso el reconocer que, a pesar de todo, una resolución judicial puede siempre adolecer de errores o extralimitaciones que hacen necesario y procedente someterla a un nuevo examen o revisión (...) con el fin de devolverle su prestigio y reparar al litigante afectado (...). Pues bien, los arbitrios o medios procesales de que la misma ley se ha valido con tal objeto son, precisamente, los recursos.”²⁵¹.

También destaca el profesor CASARINO, quien señala que el fundamento de los recursos radica en:

“(...) evitar que las resoluciones judiciales adquieran el carácter de firmes o inmutables, mientras exista la posibilidad de subsanar cualquier error o injusticia que puedan contener, por haberse desviado el juez de los medios y de los fines previstos por el legislador, al confiar el ejercicio de la jurisdicción a los órganos judiciales.”²⁵².

La fundamentación de los recursos en materia civil en el derecho chileno es clara, dotar al sistema procesal de herramientas que permitan reducir las posibilidades de que los errores, propios de la actividad jurisdiccional, se perpetúen en el tiempo, generando perjuicios irreparables para los litigantes y, en consecuencia, para el sistema jurídico en general. En otras palabras, por medio de los recursos se establecen oportunidades que permitan revertir los errores²⁵³.

²⁵¹ ANABALÓN, Carlos (1966). *Tratado práctico de derecho procesal civil chileno*, (Librotec Limitada, Segunda Edición, Concepción), pp. 7-8.

²⁵² CASARINO, Mario (2007). p. 130.

²⁵³ En este sentido CONTRERAS, Cristián (2017). “La pervivencia del recurso de apelación en el proceso civil: más allá de los eslóganes”, DELGADO, Jordi y NÚÑEZ, Raúl (Coord.), *Recurso procesales. Problemas actuales*. (Santiago, Der Ediciones), pp. 265-293.

El modelo chileno de recursos en materia procesal civil se puede relacionar con un modelo inquisitivo (o más bien de oficialidad), en los términos de MATURANA, en contraposición a un modelo acusatorio²⁵⁴ y, si bien no comparte todas y cada una de las características señaladas por MATURANA, pueden apreciarse muchas que le son afines. Destacan, por ejemplo: la existencia de una amplia gama de recursos, los que proceden respecto a diversas resoluciones y no solo aquellas que ponen término al juicio; la posibilidad de reiterar prueba ante el juez que conoce del recurso; la posibilidad de revisar de oficio determinadas resoluciones, entre otras²⁵⁵.

Dentro de los recursos –en términos amplios- que hoy día posee el sistema procesal civil chileno encontramos los siguientes: (i) recurso de aclaración, interpretación y rectificación o enmienda; (ii) recurso de reposición; (iii) recurso de apelación; (iv) recurso de hecho; (v) recurso de casación en la forma; (vi) recurso de casación en el fondo; (vii) recurso de queja; y (viii) recurso de revisión²⁵⁶.

Asimismo, se puede concluir que el procedimiento civil chileno posee un sistema recursivo que se sustenta en base a los siguientes fundamentos: La garantía de que un tribunal superior (superior jerárquico del que dictó la resolución recurrida) pueda revisar la resolución dictada (con excepción del recurso de reposición); el principio de la *doble instancia*, basado en el recurso de apelación (que será analizado críticamente más adelante); la existencia de una oportunidad específica para deducir los recursos, logrando una seguridad jurídica en relación a la firmeza y ejecutoriedad de las resoluciones; la prohibición de reformar para peor al litigante que haya recurrido (*prohibitio reformatio in peius*); y, la legalidad que han de

²⁵⁴ Cabe destacar que la conceptualización de Maturana no es muy feliz, ya que está excesivamente asociada al procedimiento penal, por lo cual el modelo acusatorio no refleja de buena manera a un eventual procedimiento civil.

²⁵⁵ MATURANA, Cristián (2015). p. 9-10.

²⁵⁶ BORDALÍ, Andrés; CORTEZ, Gonzalo y PALOMO, Diego (2016); NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ-RAGONE, Álvaro (2015); MATURANA, Cristián (2015); entre otros.

tener los recursos, es decir que estos solamente se encuentran establecidos por el legislador²⁵⁷.

B. EL PROCESO DE REFORMA AL ACTUAL PROCEDIMIENTO CIVIL Y SU VISIÓN SOBRE LOS RECURSOS EN EL PROYECTO DE LEY DEL AÑO 2012.

Con fecha 12 de marzo de 2012, mediante mensaje presidencial, se presentó el Proyecto de Reforma al Procedimiento Civil (“Proyecto”), el cual se originó con la conformación de un Foro Procesal Civil el año 2005. Pues bien, después de varios años y de un proyecto fallido (2009) se presentó el Proyecto, que en la actualidad continúa coleccionando polvo en las dependencias del Congreso Nacional.

Se tomará el Proyecto como instrumento de análisis toda vez que es la herramienta más (relativamente) objetiva para hacer tangible las visiones que se tienen de los nuevos aires que debe tomar el proceso civil y, específicamente, del papel de los recursos en esta época de “reformas”.

Tal y como sostiene el mensaje de este Proyecto, la reforma al proceso civil busca, principalmente, introducir (de manera predominante) la oralidad, y –por supuesto- sus características consustanciales de inmediación y concentración. Por otro lado, busca la simplificación del sistema recursivo dada la consagración de principios como el de publicidad, la modernización, tecnologización del proceso y el levantamiento de determinadas barreras al acceso a la justicia.

Ahora bien, específicamente en relación con sistema recursivo, el mensaje propone su modificación dado que, como se vio, la regulación actual del CPC consagra una importante amplitud recursiva (lo que, según, el mensaje sería “injustificado”), característica que solamente contribuiría al retraso del *iter* procesal, lo cual daría cuenta en último término de su obsolescencia.

²⁵⁷ BORDALÍ, Andrés; CORTEZ, Gonzalo y PALOMO, Diego (2016), pp. 33-36.

Así las cosas, los aires de reforma plasmados en este Proyecto (el cual carece aún de un debate profundo y sistemático en relación con su contenido) fija el horizonte en el equilibrio entre la eficiencia, la simplicidad y el debido proceso.

El Libro Tercero del Proyecto, titulado “*Los Recursos Procesales*”, se encarga de desarrollar el grueso del entramado normativo relativo a los recursos.

En primer lugar, salta a la vista la consagración, en el artículo 359 del Proyecto, de un “*derecho a recurrir*”. Este “derecho” destaca por ser profundamente limitado y quedar supeditado a la voluntad del legislador. Este artículo establece que todas las partes tendrán derecho a recurrir en contra de las resoluciones que se dicten en un proceso, pero siempre que se verifique un agravio y, además, exclusivamente en los casos previstos en el Proyecto.

Es interesante notar que este “derecho a recurrir” no es coincidente con lo que se ha venido desarrollando en este trabajo, principalmente en el capítulo primero. Esta articulación no permite concluir la existencia de un derecho al recurso propiamente tal, en clave de derecho fundamental garantizado constitucionalmente en el derecho al debido proceso.

Bajo el prisma de este trabajo, la garantización de un recurso que permita revisar íntegramente el fallo por parte de un tribunal superior, se constituye en el cimiento sobre el cual se erige el sistema recursivo.

Lo anterior obligaría al legislador a satisfacer siempre, en toda reforma al proceso civil, la garantía recursiva referida, en términos de posibilitar –cualquiera sea el procedimiento civil que se construya- la revisión íntegra de la sentencia por un superior jerárquico. Ahora, la visión entregada por el Proyecto no asegura esto, ya que deja a la voluntad del legislador la actividad y posibilidad recursiva, siendo recurrible solo aquello que este consagre en la

ley. Esta sería la noción que tendrían los autores que niegan el derecho al recurso, cuya opinión fue abordada en el capítulo primero de este trabajo²⁵⁸.

En este sentido, el Estado a través del legislador sería libre en consagrar o no un recurso o recursos, pudiendo darse la circunstancia de no establecer ninguno. Por ello, sostenemos, que dicha consagración contenida en el Proyecto carece de un sentido garantista.

En segundo lugar, el Proyecto presenta novedosos cambios, alterando la forma recursiva que poseemos hoy en día. A continuación, se expresarán algunos de esos cambios enfocado en un análisis de recursos en particular.

A.1 RECURSO DE APELACIÓN

Al igual que el actual procedimiento civil, el Proyecto consagra el recurso de apelación como el principal recurso del nuevo proceso. Sin embargo, la estructura del nuevo recurso de apelación si bien mantiene varios elementos del actual, implementa cambios importantes que lo diferencia en buena medida del tradicional recurso que conocemos.

En lo referido al objeto es importante destacar que el Proyecto mantiene el objeto típico de la apelación, cual es obtener la enmienda o revocación de una sentencia o resolución de un tribunal inferior por parte de uno superior (Proyecto, artículo 379). No obstante, el Proyecto agrega un nuevo motivo para apelar de determinadas resoluciones, ensanchando el campo de aplicación de este recurso. Este nuevo motivo es la infracción de normas que consagren derechos o garantías procesales. Como se verá más adelante, este nuevo contexto

²⁵⁸ Véase: NÚÑEZ OJEDA, Raúl y BRAVO, Pablo (2017), pp. 96-99; OJEDA NÚÑEZ, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro (2015), pp. 16-17. DUCE, Mauricio; FUENTE, Claudio; NÚÑEZ, Raúl; RIEGO, Cristián (2015). El derecho a un recurso y el proceso civil. En El Mercurio Legal, 18 de diciembre de 2015. Disponible en:

<https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2015/12/18/El-derecho-a-un-recurso-y-el-proceso-civil.aspx>

de aplicación del recurso de apelación subsume gran parte de las causales que motivan la interposición del recurso de casación en la forma en el procedimiento civil (artículo 768 CPC). De esta forma, si bien a primera vista pudiera estimarse que se trata de una ampliación del ámbito recursivo, no lo es, desde que esa ampliación ocurre a costa de eliminar un recurso actualmente existente.

Ahora bien, en esta parte me detendré en la agregación de un nuevo objetivo, el cual es diametralmente opuesto al que típicamente se le ha asignado al recurso en comento. Los recursos pueden tener dos objetivos; por un lado, obtener la enmienda o modificación de una resolución por irrogar un agravio a la persona del recurrente, no implicando –necesariamente– un vicio ulterior o una incorrecta aplicación del derecho; y, por otra parte, un recurso puede buscar la nulidad de dicha resolución, en virtud de carecer su dictación de presupuestos de validez o por contener algún otro vicio de procedimiento, o incluso por poseer una incorrecta aplicación del derecho²⁵⁹.

Esta nueva finalidad del recurso de apelación trae aparejada, necesariamente, tal y como lo señala el inciso 2° del artículo 379 del Proyecto, la posibilidad de que el tribunal que conozca del recurso invalide el juicio y la resolución recurrida o que invalide solo la resolución, cuestión que es sumamente novedosa en comparación al procedimiento actual.

Otro cambio verificado en el Proyecto dice relación con la limitación de las resoluciones recurribles, en este solo serán apelables las sentencias definitivas y algunas sentencias interlocutorias, principalmente las que pongan término al juicio o hagan imposible su prosecución (Proyecto, artículo 380).

Por último, otro cambio relevante lo constituye el hecho de que ahora sí, de manera oficial, el efecto suspensivo dejó de ser el efecto por regla general, pasando a ser excepcional y depender de su consagración legal (Proyecto, artículo 385).

²⁵⁹ BORDALÍ, Andrés; CORTEZ, Gonzalo y PALOMO, Diego (2016), pp. 37-38.

Se puede apreciar, entonces, que el recurso de apelación establecido en el Proyecto se posiciona sobre las bases fundantes del recurso de apelación actual, pero modificando cuestiones sustanciales, incorporando nuevos objetivos y restringiendo su marco de aplicación.

A.2 SUPRESIÓN DE LA CASACIÓN EN LA FORMA

Como adelantábamos, un segundo gran aspecto a destacar del Proyecto es la eliminación del recurso de casación en la forma. En su articulado, el Proyecto suprime toda referencia a este recurso.

Si bien es cierto que el recurso de casación -propriadamente tal- no es considerado en el Proyecto, si uno presta atención a la regulación del recurso de apelación puede notar que muchas de las causales contempladas en el artículo 768 del CPC, dispuestas para el recurso de casación en la forma, están consagradas en el artículo 381 del Proyecto, pero ahora como causales del recurso de apelación.

En el artículo 381 del Proyecto se establecen prácticamente todas las causales del recurso de casación en la forma, tales como la *ultra petita*, la cosa juzgada, las decisiones contradictorias, entre otras²⁶⁰.

²⁶⁰ Las otras causales son la incompetencia del tribunal que dictó la sentencia y la falta de fundamentación de la misma.

A.3 *ELIMINACIÓN DE LA CASACIÓN EN EL FONDO Y CONSAGRACIÓN DE UN RECURSO EXTRAORDINARIO*^{261/262}

El Proyecto, al igual como lo hace con la casación en la forma, elimina el recurso de casación en el fondo. No se sabe sin con afán de reemplazar a la casación en el fondo o no, el Proyecto consagra un nuevo recurso, denominado recurso extraordinario.

Este nuevo recurso presenta características sumamente relevantes que es preciso considerar brevemente.

En primer lugar, solo puede ser conocido por la Corte Suprema.

En segundo lugar, únicamente podrán ser recurridas mediante este recurso las sentencias definitivas y las sentencias interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, que sean inapelables y que hayan sido dictadas por una Corte de Apelaciones (Proyecto, artículo 406).

En tercer lugar, en relación con los requisitos, destacan dos elementos fundamentales. La necesidad del agravio por parte del recurrente y la fundamentación de la afectación del interés general (Proyecto, artículo 405). El agravio es un concepto que no es desconocido por nosotros y nuestro ordenamiento; pero destaca de sobremanera el requisito del interés general. El mismo Proyecto señala cuándo se entenderá que una sentencia afecta el interés general, permitiendo la interposición de este recurso.

²⁶¹ Cabe hacer presente que el capítulo consagrado al recurso extraordinario fue eliminado por la Cámara de Diputados, abriendo la discusión con respecto a la casación en el fondo, su mantención, eliminación o modificación. Véase: CORNEJO, Pablo (2014). “Reforma procesal civil y recurso extraordinario. La discusión pendiente. Comentarios al Boletín N° 8197-2007”. En *Revista de Derecho*, Escuela de Postgrado N°5, 2014, pp. 393-406.

²⁶² Para un estudio más profundo del recurso extraordinario véase: DELGADO, Jordi (2012). “El recurso extraordinario en el proyecto de código procesal civil”. En *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N°2, pp. 125-146.

Las causales de afectación del interés general consagradas en el Proyecto son dos: (i) la infracción, de manera esencial, de un derecho o garantía fundamental contemplado en la Constitución o en Tratados Internacionales (ratificados por Chile y que se encuentren vigentes); y (ii) la pertinencia de fijar, uniformar, aclarar o modificar una doctrina jurisprudencial (Proyecto, artículo 409).

Por último, cabe destacar que este nuevo recurso contenido en el Proyecto posee una doble funcionalidad, por una parte, permite enmendar resoluciones y, por otra, permite invalidar sentencias o procedimientos, dependiendo de las consideraciones de la Corte.

En conclusión, el Proyecto posee cambios sustanciales en el orden recursivo, eliminando derechamente recursos históricos y tradicionales, como las casaciones, modificando en varios aspectos el recurso de apelación y creando un recurso nuevo, el cual posee una naturaleza mixta y que contiene conceptos novedosos y extraños al procedimiento civil tradicionalmente conocido.

II. LA DOBLE INSTANCIA Y LAS NUEVAS TÉCNICAS PROCESALES

COUTURE, reconociendo una serie de definiciones en torno al concepto de *instancia*, ha sostenido que, en su versión más restringida, es “*la denominación que se da a cada una de las etapas o grados del proceso (...)*”²⁶³. En Chile, MATURANA ha definido la *instancia* como “*cada uno de los grados de conocimiento y fallo de que está investido un tribunal para la solución de un determinado conflicto.*”²⁶⁴. Por último, BORDALÍ, CORTEZ y PALOMO han agregado un último elemento a este concepto, señalando que *instancia* es “*cada uno de los*

²⁶³ COUTURE, Eduardo (2014), p. 139.

²⁶⁴ MATURANA, Cristián (2015), p. 51.

grados de conocimiento y resolución que permiten la revisión tanto de aspectos fácticos como jurídicos”²⁶⁵.

La *instancia* es un concepto procesal que indica la cantidad de grados de conocimiento con los que cuenta la función jurisdiccional, para conocer y resolver, tanto en los hechos como en el derecho, un asunto de relevancia jurídica. En conclusión, la *instancia* está definida en base a la posibilidad con que cuenta un tribunal para revisar los hechos y el derecho, he aquí, en el entendimiento de los autores BORDALÍ, CORTEZ y PALOMO, su “*nota distintiva*”²⁶⁶.

A partir del concepto de *instancia* es posible destacar que, históricamente, el sistema recursivo chileno se ha desarrollado, en base al, entre otros, *principio de la doble instancia*²⁶⁷. Este principio orientador del sistema recursivo chileno se ha materializado en nuestro ordenamiento mediante el recurso de apelación²⁶⁸. BORDALÍ, CORTEZ y PALOMO sostienen que este principio estructural del régimen recursivo de nuestro país es una manifestación de la garantía constitucional del racional y justo procedimiento, permitiendo la revisión integral de la sentencia por parte de otro órgano de justicia, generalmente el superior jerárquico de aquel que dictó la referida resolución²⁶⁹.

Así lo ha entendido ANABALÓN, quien ha indicado que este principio es aquel que:

“(…) en cuya virtud es posible someter todo negocio judicial a sendas revisiones por el tribunal originariamente llamado a conocer de él y el inmediatamente superior en

²⁶⁵ BORDALÍ, Andrés; CORTEZ, Gonzalo; y PALOMO, Diego (2016), pp. 34. En un mismo sentido MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián (2010), p. 80.

²⁶⁶ BORDALÍ, Andrés; CORTEZ, Gonzalo; y PALOMO, Diego (2016), pp. 71.

²⁶⁷ Véase BORDALÍ, Andrés; CORTEZ, Gonzalo; y PALOMO, Diego (2016), pp. 33-36 y 72.

²⁶⁸ MATURANA, Cristián (2015), p. 26. En un mismo sentido: ANABALÓN, Carlos (1966), p. 17.

²⁶⁹ BORDALÍ, Andrés; CORTEZ, Gonzalo; y PALOMO, Diego (2016), pp. 34. En un mismo sentido NÚÑEZ, Raúl y PÉREZ, Álvaro (2015), p. 84.

jerarquía, sin ninguna clase de reservas o limitaciones en uno u otro caso ni más excepciones al principio que las categóricamente determinadas por la misma ley.”²⁷⁰.

En los términos de BORDALÍ, CORTEZ y PALOMO, este principio se ha entendido como:

“(…) un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero. El doble grado o instancia permite dos pronunciamientos sobre el objeto del proceso y sobre el objeto del debate.”²⁷¹.

Ahora, en el contexto de la reforma procesal civil, la apelación y el principio de la doble instancia han sido uno de los puntos más conflictivos. Esto se ha suscitado a propósito de la pugna entre aquellos que abogan por una supresión de la segunda instancia y de la apelación y otros que instan por el mantenimiento de este recurso, garantizando con ello la segunda instancia.

Como se tuvo ocasión de desarrollar, no son pocos los autores que sostienen que la apelación -en tanto recurso ordinario garantizador de la segunda instancia- sería incompatible con los nuevos “principios” del procedimiento civil, específicamente con la oralidad, la inmediación y la concentración, proponiendo la eliminación de este recurso, reemplazándolo por un recurso de nulidad de naturaleza excepcional, desconociendo la existencia de un “derecho al recurso” en sede civil²⁷².

Ahora bien, como también se señaló en este trabajo, dichas críticas parten de la confusión en relación con la naturaleza jurídica que tendría la oralidad, la inmediación y la concentración. En este sentido, han asumido que estos caracteres son verdaderos principios

²⁷⁰ ANABALÓN, Carlos (1966), p. 17.

²⁷¹ BORDALÍ, Andrés; CORTEZ, Gonzalo; y PALOMO, Diego (2016), pp. 71.

²⁷² PALOMO, Diego y LORCA, Nelson (2017), p. 37.

procesales contemporáneos, los cuales vendrían a reemplazar a los añejos principios tradicionales.

Se estima que esta concepción es errada ya que la oralidad, la inmediación y la concentración no son principios jurídicos propiamente tales, sino que más bien son técnicas o reglas procesales²⁷³. Esta constatación implica sostener que un adecuado uso de las categorías jurídicas permitiría concluir que las técnicas procesales permiten construir sistemas procesales, mas no constituyen elementos esenciales respecto a su naturaleza, no siendo indispensables para definir un sistema procesal.

En este sentido se ha pronunciado PALOMO y LORCA, señalando:

“El evitar caer en esas trampas exige terminar con la utilización imprecisa y abusiva que se ha venido haciendo por parte de la doctrina y por el legislador respecto de los llamados “principios procesales”, punto en el cual se ha llegado a un nivel de muy escasa prolijidad o derechamente de total confusión donde toda regla procesal más o menos compartida y difundida, o de moda, se ha terminado considerando como un principio procesal y desde allí la cantinela repetida sobre el “principio” de oralidad, sobre el “principio” de inmediación, o sobre el “principio” de celeridad o de economía procesal. ¡Se desperfilen los conceptos hasta tornarlos derechamente inútiles!”²⁷⁴.

Las técnicas procesales poseen ciertas características que permiten entender mejor su naturaleza. La oralidad, la inmediación y la concentración (por ocuparlas de ejemplo) son antes que nada aspectos contingentes, disponibles por el legislador y de inferior categoría que los principios procesales, en los términos de los autores citados, quienes postulan:

²⁷³ PALOMO, Diego (2010), p. 472. En un mismo sentido CONTRERAS, Cristián (2017), p. 278 y 284.

²⁷⁴ PALOMO, Diego y LORCA, Nelson (2017), p. 33.

“Con ello se termina poniendo en riesgo postulados elementales de justicia, el derecho a la defensa, el contradictorio, la imparcialidad, el derecho al recurso, para salvaguardar o resguardar reglas inferiores en categoría, contingentes y sobre todo disponible para el legislador a la hora de diseñar un procedimiento.”²⁷⁵.

Se puede concluir, por tanto, que una técnica procesal puede o no verificarse en un sistema procesal determinado, pero su presencia o ausencia no alterará su naturaleza, no dejará el proceso de ser tal por el hecho de no verificarse tal o cual técnica procesal. Por el contrario, si acaso comprobamos que la bilateralidad de la audiencia, en tanto principio formativo, no se consagra dentro de un proceso, este deja de ser tal en los términos que ha sido planteado, dejando de tener la naturaleza que tenía. Esta es la gran diferencia entre las técnicas y los principios procesales.

Así las cosas, las técnicas procesales son perfectamente compatibles entre sí y en relación con otras técnicas, provocando que la incompatibilidad denunciada entre estas y la doble instancia y el recurso de apelación no sea tal²⁷⁶.

Tradicionalmente se ha cuestionado la doble instancia en base a los siguientes argumentos: (i) De seguirse la lógica del establecimiento de la segunda instancia, se deberían contemplar más instancias; (ii) Si los tribunales de segunda instancia tienen mejor preparación, el conocimiento debería estar en ellos directamente; y (iii) se potencia la concentración, celeridad y uniformidad si en la solución del conflicto interviene un solo órgano²⁷⁷.

²⁷⁵ PALOMO, Diego y LORCA, Nelson (2017), p. 33.

²⁷⁶ La postura de este trabajo niega la existencia de una incompatibilidad entre el recurso de apelación y la segunda instancia con las técnicas de la oralidad, la inmediación y la concentración. Ahora, incluso si se asume que dicha incompatibilidad es real, es decir que existe, se considera que de todas formas es subsanable, pudiendo, en último término, superarse, mediante diversas técnicas o mecanismo los cuales fueron desarrolladas en el capítulo primero. En conclusión, la supuesta incompatibilidad, en ninguno de los escenarios propuestos sirve como argumento eficaz para eliminar la apelación y la segunda instancia en una reforma procesal civil.

²⁷⁷ MATURANA, Cristián (2015), p. 52.

Frente a aquellos argumentos, se desarrollaron diversas respuestas en el capítulo primero, las cuales debiesen bastar para entender la posición de este trabajo y dar cuenta de la plausibilidad y conveniencia de un derecho al recurso que asegure la doble instancia en una reforma al proceso civil, en tanto garantía que asegure a los justiciables la posibilidad de que un tribunal superior conozca del asunto objeto del juicio.

Ahora, y no obstante lo dicho, es preciso aprovechar la circunstancia y ahondar en determinados puntos que sirven de justificación para amparar la compatibilidad entre las nuevas técnicas procesales y la segunda instancia, y cómo dicho equilibrio constituye una decisión racional.

La función jurisdiccional y el proceso civil entroncan -en el contexto de los recursos- en la finalidad de la obtención de una decisión justa, para ello la función jurisdiccional se dedica, en esencia, a la fijación de los hechos, la determinación del derecho aplicable y la conexión necesaria entre aquellos hechos y el derecho aplicable²⁷⁸.

En este contexto, es imposible lograr que el ejercicio de la jurisdicción pueda determinar correctamente todo lo que pasa en un proceso judicial y es inalcanzable, asimismo, el fin de conseguir la decisión correcta y justa para cada uno de los casos que se presentan ante los tribunales de justicia.

Esta comprobación fáctica no implica que la sociedad no posea un legítimo y natural interés en que el sistema aumente lo máximo posible las probabilidades de que se verifiquen decisiones justas y exentas de errores. En este sentido CONTRERAS, quien señala que “(...) *ello no impide albergar la legítima aspiración de que el sistema procesal adopte todos los resguardos oportunos para limitar al máximo el pronunciamiento de decisiones incorrectas (...)*”²⁷⁹.

²⁷⁸ DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2012). “Estudios sobre el derecho al recurso en el proceso penal”, En *Estudios Constitucionales*, Año 10, N°1, p. 246.

²⁷⁹ CONTRERAS, Cristián (2017), pp. 267-268.

La función jurisdiccional en tanto actividad humana es proclive a incurrir en errores y equivocaciones, que de no subsanarse provocarían la conculcación de garantías y derechos básicos de las personas. Entonces, dada esta falibilidad en el desarrollo de la actividad judicial, los recursos procesales, en tanto medios de impugnación, ven surgir su importancia y valor dentro del ordenamiento y, específicamente, al interior del proceso civil. En definitiva, los recursos procesales se justifican o fundamentan en el error, en la posibilidad de que las decisiones de los jueces y tribunales se basen en equivocaciones, propias de toda actividad humana.

En este sentido MOSQUERA y MATURANA advierten que:

“La existencia de los recursos nace de la realidad de la falibilidad humana, que en el caso de la sentencia recae en la persona del juez, y en la pretensión de las partes de no aceptar la resolución que les cause un perjuicio por no haber acogido sus peticiones formuladas en el proceso.”²⁸⁰.

Asimismo, apuntan a que:

“El fundamento objetivo que se ha contemplado por el legislador para concebir dentro del proceso la existencia de los recursos no es otro que el error humano en que se puede incurrir por los jueces en la solución de los conflictos, encontrándose estos medios de impugnación concebidos como los medios destinados a obtener su reparación.”²⁸¹.

²⁸⁰ MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristian (2010), p. 21.

²⁸¹ MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristian (2010), p. 30.

En un mismo sentido CONTRERAS sostiene que “(...) *hablar de recursos es hablar tanto de la falibilidad del juzgador como de la necesidad y urgencia por corregir sus equivocaciones.*”²⁸².

ANABALÓN, por su parte, también lo entiende de esta manera, sosteniendo:

*“De suerte, entonces, que este recurso [apelación] cumple entre nosotros, de una manera bastante celosa, por no decir exagerada, su finalidad de propender a la discriminación de la administración de justicia, por medio de un sucesivo y reiterado examen del negocio sometido a la decisión judicial, y si bien es preciso reconocer que, a veces, la apelación no salva los errores que hayan podido cometerse en la primera instancia ni los evita por su parte, por lo general, sin embargo, garantiza a los litigantes aquella finalidad, y en todo caso, aplaca sus temores y suspicacias.”*²⁸³.

Por último, CARLOS DEL RÍO FERRETTI señala:

*“El enjuiciamiento jurisdiccional, como toda actividad humana, no escapa a la posibilidad de error, que amenaza con frustrar la correcta aplicación del Derecho.”*²⁸⁴.

Esta constatación de que los errores en los fallos judiciales son propios del ejercicio de la función jurisdiccional en tanto actividad humana, obliga al legislador a poner atención a la manera en cómo controlamos estas equivocaciones. Así las cosas, el ordenamiento jurídico debe velar por disponer del mayor número de mecanismos que impidan que se verifiquen

²⁸² CONTRERAS, Cristián (2017), p. 266. En un mismo sentido BORDALÍ, Andrés; CORTEZ, Gonzalo; y PALOMO, Diego (2016), p. 14;

²⁸³ ANABALÓN, Carlos (1966), P. 17-18.

²⁸⁴ DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2012), p. 250.

errores y que, además, permitan subsanar los que se provoquen²⁸⁵, es ahí en donde los recursos cumplen su función principal.

Esta faz o aspecto de los recursos es denominado por DEL RÍO como “*fundamento objetivo*”, esto es la verificación fáctica de un error por parte del juez en la solución de un caso concreto, error que puede estar dado tanto por una cuestión de hecho o de derecho, en contraposición al “*fundamento subjetivo*” que es la insatisfacción propia que provoca una resolución judicial en uno de los litigantes o en ambos²⁸⁶.

En conclusión, la circunstancia de que la función jurisdiccional pueda equivocarse y en la práctica se equivoque al momento de resolver un caso concreto justifica, por sí sola, que el ordenamiento prevea mecanismos tanto para su prevención como para su subsanación. Este trabajo postula que el derecho al recurso, por medio del principio de la doble instancia (en tanto garante de la revisión íntegra de un fallo por el superior jerárquico de quien lo dictó) es el mecanismo principal para dicho propósito.

El interés existente en que el ordenamiento jurídico -y el sistema procesal civil en específico- provea de los mecanismos necesarios y adecuados para hacer frente a los errores y equivocaciones propios de la actividad judicial, permite concluir que los recursos procesales juegan un papel fundamental dentro de todo ordenamiento, ya que constituyen el mecanismo más adecuado –a efectos de este trabajo- para mantener esa legítima aspiración de que el sistema procesal se proteja de los errores normales y propios de una actividad humana como la judicial, evidentemente que existen otros, pero los recursos son los que primordialmente lo garantizan.

En este sentido también CONTRERAS:

²⁸⁵ CONTRERAS, Cristián (2017), p. 266.

²⁸⁶ DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2012), p. 251.

“Así ocurre, v.gr., en el caso de los recursos procesales y, en particular, con el recurso de apelación, que al posibilitar el examen amplio del asunto por parte del superior jerárquico puede considerarse no solo una herramienta correctiva de decisiones erróneas, sino también preventiva de las mismas.”²⁸⁷.

Ahora bien, en el contexto del interés que hay detrás de todo esto, es posible identificar dos tipos de intereses conexos a la consagración de un régimen recursivo frente a las decisiones de un órgano judicial. Por una parte, se puede sostener que detrás de los recursos impera un interés individual, poseyendo los recursos procesales la categoría de bien privado, en el entendido de que estos estarían enfocados en la parte litigante agraviada por una resolución judicial²⁸⁸. Por otra parte, el establecimiento de recursos que aseguren la revisión de lo resuelto por un tribunal, también y en buena medida, mira al interés colectivo. Es inútil desconocer la existencia de un interés general por parte de la comunidad social en que el ordenamiento genere mecanismos que permitan obtener decisiones correctas y justas²⁸⁹.

En este sentido los recursos se transforman en esenciales para satisfacer este interés público, así lo reconoce CONTRERAS, quien sostiene:

“(…) queda claro que la configuración del sistema de recursos tiene una enorme importancia para la consecución de una óptima administración de justicia, vale decir, para este objetivo resulta esencial la determinación de las características concretas de examen y enmienda que permite realizar cada uno de los medios de impugnación previstos, como también las atribuciones del órgano encargado de llevar a cabo la constatación de la existencia del error y su posterior corrección.”²⁹⁰.

²⁸⁷ CONTRERAS, Cristián (2017), p. 268.

²⁸⁸ NÚÑEZ, Raúl y BRAVO, Pablo (2017), p. 90.

²⁸⁹ DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2012), p. 271

²⁹⁰ DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2012), p. 271.

Lo que aquí interesa (sin restarle mérito al interés privado que existe detrás de los recursos), es la faceta pública que existe en relación con los recursos. En este sentido es preciso dar cuenta de la relación existente entre el interés en que la función jurisdiccional dote al sistema de decisiones justas y exentas de errores y los mecanismos provistos por el ordenamiento para la satisfacción de dicho objetivo.

En este escenario aparecen los recursos, los cuales –como se ha sostenido y se sostendrá– se conciben como las herramientas jurídicas más oportunas y efectivas frente a la finalidad de lograr la consecución de decisiones justas y correctas.

No obstante, se podría sostener que los recursos y en específico aquel que garantiza la segunda instancia no serían el medio adecuado para combatir la existencia de errores y equivocaciones en las resoluciones judiciales, aduciendo que los jueces de segunda instancia estarían expuestos a cometer errores, de la misma manera que estarían los de primera o, incluso, mayor sería esta posibilidad en la medida en que tendría un conocimiento o acercamiento menos acabado con la prueba²⁹¹.

Lo anterior no es correcto, incluso el juez o tribunal de segunda instancia podría estar en una mejor posición para decidir correctamente el conflicto. En este sentido lo sostiene DEL RÍO FERRETTI, concluyendo que este contaría con mayor y mejor información objetiva, con la posibilidad de conocer todo lo realizado en primera y además la posibilidad de sumar nuevos antecedentes en segunda, además y aún más importante, el tribunal de segunda instancia cuenta con la decisión del primero, es decir resuelve a partir de lo ya juzgado por otro. En sus palabras, sostiene:

“En efecto, cualquiera que haya intervenido en un proceso de toma de decisiones sabe que el que resuelva o se pronuncia al final, después de otro, y conociendo los pronunciamientos anteriores, tiene más posibilidades de acierto, pues su análisis arranca de un punto donde se han anticipado perspectivas de análisis, reflexiones

²⁹¹ DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2012), p. 52.

jurídicas, enjuiciamientos valorativos sobre la prueba y en donde se ha propuesto una solución o, incluso, más de una posible.”²⁹².

En este sentido, parece inútil desconocer que, en relación a nuestro sistema de organización judicial, un tribunal de segunda instancia, a partir de su carrera funcionaria judicial, posee una formación más desarrollada, completa y experimentada, lo que le permitiría aumentar las posibilidades de acertar en la decisión de un caso concreto²⁹³.

Ahora bien, definida la utilidad de los recursos procesales y de la consagración de la segunda instancia como mecanismo de defensa y protección frente a los errores propios de la actividad de los tribunales de justicia, es preciso dar cuenta de su plena compatibilidad respecto a las nuevas técnicas procesales y también, de que la mantención de estas instituciones de una manera equilibrada y compatible constituye una decisión racional.

En primer lugar, como se ha mencionado en varias oportunidades, no es menor la cantidad de autores (véase capítulo primero) que han sostenido la incompatibilidad de estas instituciones. La fundamentación de esta consideración se ha sustentado en dos aspectos principales. Por una parte, la consagración de las nuevas técnicas procesales tales como la oralidad, la inmediación, la concentración, la publicidad, etc., y por otra el régimen de apreciación probatoria basado en la sana crítica²⁹⁴.

Tales posiciones buscan eliminar la doble instancia, haciendo –por consiguiente– imposible el control del aspecto fáctico de la decisión de juez de primera instancia. Esto, tal y como se ha venido señalando, conculca de manera grave el interés de los litigantes y también el interés general de la sociedad en la consecución de un proceso que otorgue una decisión justa. Esto porque ningún tipo de tribunal, ni de juez, ni de proceso, ni de técnica

²⁹² DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2012), p. 253-254.

²⁹³ DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2012), p. 254.

²⁹⁴ CONTRERAS, Cristián (2017), p. 279-280.

permite asegurar que no existan errores, toda vez que siendo una actividad humana, la función jurisdiccional está expuesta constantemente a cometerlos.

Por lo tanto, frente a esta comprobación, la supresión de la doble instancia perpetúa los errores que se hayan cometido en la determinación fáctica de los conflictos en primera instancia, haciendo imposible la posibilidad de corregirlos.

Por un lado, la balanza entre una técnica procesal y una garantía procesal, se debiese decantar en favor de la garantía, favoreciendo un derecho en favor de los justiciables, en desmedro del funcionamiento del modelo; por otro lado, como se ha sostenido en reiteradas ocasiones, la incompatibilidad denunciada no es real y estas nuevas técnicas son perfectamente compatibles con la doble instancia.

Ahora bien, la decisión de consagrar en una reforma tanto las nuevas técnicas procesales como la doble instancia, además de ser compatible, es una decisión racional. Como se reconoció, nadie discute que la oralidad, la inmediación, la continuidad y todas las nuevas técnicas procesales, poseen un valor gigantesco en la modernización del proceso civil, concluyendo que son absolutamente necesarias para seguir avanzando en conseguir una mejor justicia civil. Sin embargo, dicha consagración, avance y modernización no puede en caso alguno ir aparejada con una restricción e incluso en algunos casos una supresión de garantías procesales de los justiciables. Esto sería absurdo toda vez que se avanzaría en la modernización de un proceso civil, pero a la vez se retrocedería en la garantización de los derechos de las personas en relación con el mismo proceso.

III. SATISFACCIÓN DEL DERECHO AL RECURSO CON MIRAS A UNA NUEVA JUSTICIA PROCESAL CIVIL

Sosteniendo la plena compatibilidad entre las nuevas técnicas procesales con la segunda instancia y el recurso de apelación y, además, aduciendo que la mantención de estos institutos procesales constituye una decisión racional, es preciso preguntarse ¿cómo, entonces,

satisfacemos este derecho al recurso?, es decir cómo se materializa dentro de un proceso civil.

El derecho al recurso, en tanto garantía constitucionalmente establecida, recaba su esencia no tanto de la forma en cómo sea consagrada tal garantía, sino que, mediante el fondo de lo garantizado. En este contexto lo esencial radica en determinar qué se quiere asegurar a los justiciables por medio de un derecho al recurso constitucionalmente protegido.

Pues bien, el derecho al recurso pretende asegurar a todo litigante o potencial litigante, la posibilidad de que la decisión de los tribunales de justicia que resuelven en primera instancia un conflicto de relevancia jurídica sea revisada por el superior jerárquico, pudiendo corregir tanto los vicios o errores de hecho como de derecho.

En definitiva, según el concepto dado por el CIDH, lo que se asegura es la revisión integral del fallo por parte de un tribunal superior. Esta revisión integral, como se adelantó, proviene de lo razonado por la CIDH en la sentencia recaída en el caso Ulloa Herrera vs. Costa Rica, de fecha 2 de julio de 2004. En dicho fallo, la CIDH señaló *“La posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.”*²⁹⁵, agregando que *“Independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice una examen integral de la decisión recurrida.”*²⁹⁶.

En un mismo sentido lo aborda la doctrina que ha visto en la revisión de los hechos y el derecho el estándar de satisfacción plausible del derecho al recurso. PALOMO y LORCA han sostenido:

“(…) pero sea cual sea la decisión del legislador de turno, lo importante es que se permita la revisión amplia. No hacer posible aquella implica, en buenas cuentas,

²⁹⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 2 de julio de 2004. Párrafo 164.

²⁹⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 2 de julio de 2004. Párrafo 165.

transformar el derecho de que se trata en uno de naturaleza simplemente nominal mas no real, con la consecuente afectación de la posición del justiciable frente a la decisión de adjudicación.”²⁹⁷.

Cómo se dijo, la esencia de esta garantía no radica tanto en la forma como en el fondo.

Ahora y no obstante aquello, es importante tomar posición y dar cuenta de los mecanismos que se consideran acordes para efecto de dar cuenta de un derecho como el referido.

Según la opinión de este trabajo, que coincide con la de PALOMO y LORCA²⁹⁸, da igual qué tipo de recurso se utilice para dar cuenta del conocimiento de una decisión por parte del tribunal superior, siempre y cuando este conocimiento garantice una revisión integral del fallo.

Si bien consideramos que, en principio, da igual qué recurso concebir para dar cuenta de la revisión integral, se estima que hoy en día en el ordenamiento chileno y con miras a una futura reforma al proceso civil, el recurso de apelación y el principio de la doble instancia son los mejores mecanismos con los que contamos para hacer frente al estándar de cumplimiento requerido para satisfacer la garantía del derecho al recurso. Este trabajo aboga por que la mantención de estas herramientas sea un horizonte en la futura reforma procesal civil, constituyendo un directriz orientadora de la actividad recursiva.

En conclusión, se estima que el derecho al recurso debe ser garantizado mediante la mantención y el fortalecimiento del recurso de apelación, que permita el conocimiento del conflicto por parte de un tribunal superior, dotándolo de facultades para conocer íntegramente el asunto debatido, lo cual implica conocer el derecho y los hechos de objeto del proceso.

²⁹⁷ PALOMO, Diego y LORCA, Nelson (2017), p. 44.

²⁹⁸ PALOMO, Diego y LORCA, Nelson (2017), p. 34.

CONCLUSIONES

Después de todo lo desarrollado, es preciso sistematizar las conclusiones a las cuales llega este trabajo.

1. El ordenamiento jurídico chileno permite reconocer un derecho al recurso como garantía fundamental del proceso civil. Esta conclusión se apoya en dos argumentos: (i) *argumento normativo*; y (ii) *argumento estructural*.

2. El *argumento normativo* se basa en reconocer la indeterminación que caracteriza a todo derecho fundamental. Este tipo de derechos no poseen un contenido definido *ex ante* (salvo -como se explicó- por aquel núcleo esencial inmodificable), sino que son garantías que se van llenando de contenido a partir de su interpretación a la luz de sus contextos particulares de aplicación.

3. El debido proceso, en tanto derecho fundamental garantizado constitucionalmente, no escapa a esta lógica, siendo -y debiendo ser- interpretado constantemente según el contexto que envuelve el ejercicio de la jurisdicción en un momento particular y, específicamente, el contexto que rodea la configuración y aplicación del proceso civil en dicho momento jurisdiccional.

4. Por lo tanto, el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República no señala -ni debiese señalar- todas y cada una de las garantías que emanan de un debido proceso, sino que se limita a señalar disposiciones de carácter general e indeterminado que, a través de un proceso de interpretación y aplicación, serán dotadas de contenido.

5. La garantía del racional y justo procedimiento ejemplifica esta consideración. Esta garantía -integrante del debido proceso- no posee un significado *ex ante*, sino que posee un carácter general e indeterminado. En efecto, a través de un proceso interpretativo y aplicación, será dotada de contenido específico. En este sentido, se sostiene y concluye que, bajo la forma de Estado en Chile y las circunstancias actuales del ejercicio de la función

jurisdiccional, el contenido de esta garantía contiene –y debe contener a ojos de este trabajo– entre sus elementos constitutivos, un derecho o garantía al recurso en materia civil.

6. El derecho al recurso en Chile posee un reconocimiento positivo en el ordenamiento jurídico nacional y en este sentido, un procedimiento civil que carezca de un recurso que permita revisar íntegramente la sentencia, vulneraría la garantía de racional y justo procedimiento, socavando así el derecho fundamental al debido proceso.

7. Por su parte, el *argumento normativo* se edifica a partir de la idea de que la construcción del poder dentro de un Estado influye, en mayor o menor intensidad, en el ejercicio de la función jurisdiccional, en tanto poder del Estado, determinando, por consiguiente, la construcción del procedimiento civil.

8. En este sentido nuestro país adhiere a un modelo de tipo jerárquico, basado en la tradición jurídica Continental o de Derecho Civil, en donde la distribución del poder se realiza de manera vertical; en donde los funcionarios públicos (incluidos los judiciales) tienen un carácter profesional, constituyendo un grupo cerrado y hermético; donde los procesos de selección y designación proviene desde el propio poder estatal, incluso (en parte) del mismo Poder Judicial; donde las evaluaciones y calificaciones son realizadas por los superiores jerárquicos y son ellos mismo los que determinan los ascensos, los castigos y sanciones.

9. Estas constataciones sobre la construcción del poder del Estado en Chile y su influencia en la determinación del proceso civil generan una serie de condiciones dentro del ordenamiento que hacen que el ejercicio de la jurisdicción quede expuesta y vulnerable a determinados vicios, tales como la parcialidad y dependencia, que son incompatibles con la función jurisdiccional dentro de un estado de derecho como el nuestro.

10. Ahora bien, es preciso señalar que una cosa es sostener que el Estado que tenemos y su correlativo procedimiento civil, generen condiciones de proliferación de vicios y otra muy distinta es sostener que dichas condiciones se estén manifestado actualmente en el ejercicio vicioso (falta de independencia e imparcialidad) de la jurisdicción. Este trabajo está dedicado

al exclusivo propósito de dar cuenta de la posibilidad de que esas condiciones se generen, mas no de investigar y examinar si, de hecho, se están verificando.

11. En definitiva, la consagración de una garantía o derecho al recurso, que permita una revisión integral del fallo ante el superior jerárquico del tribunal que dictó la sentencia, es el instrumento eficaz y necesario para, por un lado, prevenir que las condiciones generadas por la forma en que se configura nuestro procedimiento a partir de la construcción de nuestro Estado se materialicen en las decisiones de los asuntos de relevancia jurídica y, por otro lado, verificándose su manifestación, los justiciables tengan una herramienta útil y efectiva para poder remediar y subsanar los errores propios de toda actividad humana, como el ejercicio de la jurisdicción.

12. Todo esto, en definitiva, permite concluir que la consagración de un derecho al recurso en materia civil es plenamente compatible con las nuevas técnicas procesales como la oralidad, la inmediación y la concentración y, además, constituye una decisión racional en relación con mejoramiento del ejercicio de la jurisdicción y en la protección de las garantías procesales de los justiciables.

BIBLIOGRAFÍA

Manuales y artículos de doctrina

ALLESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; y VODANOVIC, Antonio (2009). *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*, (Editorial Jurídica, Tomo Primero, Séptima Edición, Santiago).

ANABALÓN, Carlos (1966). *Tratado práctico de derecho procesal civil chileno*, (Librotec Limitada, Segunda Edición, Concepción).

BECERRA, Pablo (2017). *El rol de la Corte Suprema*, (Der Ediciones, Santiago).

BORDALÍ, Andrés (2009). “Organización judicial en el derecho chileno: un poder fragmentado”, En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N°2.

BORDALÍ, Andrés (2011). “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N°2.

BORDALÍ, Andrés; CORTEZ, Gonzalo y PALOMO, Diego (2016). *Proceso Civil: Los Recursos y Otros Medios de Impugnación* (Santiago, Thompson Reuters).

CARRASCO, Nicolás (2017). “La eficiencia procesal y el debido proceso”, En *Revista de Derecho Privado*, N°32.

CASARINO, Mario. (2010). *Manual de Derecho Procesal*. Tomo IV, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición).

CONTRERAS, Cristián (2017). “La pervivencia del recurso de apelación en el proceso civil: Más allá de los eslóganes”, en DELGADO, Jordi y NÚÑEZ, Raúl (Coord.) *Recursos procesales. Problemas actuales* (Santiago, Der Ediciones).

COUTURE, Eduardo (1998). *Vocabulario Jurídico* (Buenos Aires, Depalma).

COUTURE, Eduardo (2014). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, (Editorial Metropolitana, Santiago, cuarta edición).

CORNEJO, Pablo (2014). “Reforma procesal civil y recurso extraordinario. La discusión pendiente. Comentarios al Boletín N° 8197-2007”. En *Revista de Derecho*, Escuela de Postgrado, N°5.

DAMASKA, Mirjan (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, (Editorial Jurídica de Chile, Santiago).

DAVID, René (1969). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, (Aguilar, Madrid).

DEL RÍO FERRETTI, Carlos (2012). “Estudios sobre el derecho al recurso en el proceso penal”, En *Estudios Constitucionales*, Año 10, N°1.

DELGADO CASTRO, Jordi (2011). “Aproximaciones a los principios de la reforma procesal civil”, En *Revista chilena de derecho y ciencia política*, Vol. 2, N°2.

DELGADO, Jordi (2012). “El recurso extraordinario en el proyecto de código procesal civil”. En *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N°2.

DWORKIN, Roland (1984). *Los Derechos en Serio*, (Ariel, Barcelona. 8° Edición, 2010).

ECHANDÍA, Devis (2002). *Teoría General del Proceso. Aplicable a toda clase de proceso* (Buenos Aires, Editorial Universidad).

EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1999). *Los Derechos Constitucionales*. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

FERRAJOLI, Luigi (2010). *Democracia y garantismo*. (Madrid, Editorial Trotta).

FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristián (2017). “El debate sobre los recursos en materia civil y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos”, en DELGADO, Jordi y NÚÑEZ, Raúl (Coord.), *Recurso procesales. Problemas actuales* (Santiago, Der Ediciones).

GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo (2013). *El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*. En *Estudios Constitucionales*, año 11, N°2.

GAVIRIA GIL, María Virginia (2013). “El derecho occidental del siglo XXI y el concepto de familia jurídica”. En *Revista de Derecho*, N°39, Barranquilla.

LATORRE, Ángel (2012). *Introducción al Derecho*, (Ariel Ediciones, Barcelona).

LOYOLA, Enrique (2017). “Lectura crítica del recurso de unificación de jurisprudencia”, en DELGADO, Jordi y NÚÑEZ, Raúl (Coord.), *Recursos procesales. Problemas actuales* (Santiago, Der Ediciones).

NAVARRO, Enrique (2011). “*El debido proceso en la jurisprudencia de Tribunal Constitucional*”, En ARANCIBIA, Jaime; MARTÍNEZ, Ignacio y ROMERO, Alejandro (Coord.), *Litigación Pública. Colección Estudios Derecho Público* (Santiago, Thomson Reuters, Santiago).

NÚÑEZ OJEDA, Raúl (2005). “Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia y principios), En *Revista de Estudios de la Justicia*, N°6.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl (2008). “El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo”, *Revista Ius et Praxis*, Año 14.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro (2015). “Manual de derecho procesal civil. Los medios de impugnación” (Santiago, Thompson Reuters).

NÚÑEZ OJEDA, Raúl y BRAVO, Pablo (2017). “Hacia una reforma global del sistema de recursos ante las Cortes de Apelaciones: Una primera aproximación” en DELGADO, Jordi y NÚÑEZ, Raúl (Coord.) *Recurso procesales. Problemas actuales* (Santiago, Der Ediciones).

NÚÑEZ OJEDA, Raúl; CARRASCO, Nicolás y CORONADO, Martín (2018). “Compatibilidad entre debido proceso y eficiencia: su aplicación al régimen de apelación en el proceso civil chileno”, En *Revista de Derecho*, Vol. XXXI, N°2.

MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl (2010). *Derecho procesal penal*, Tomo I (Santiago, Abeledo Perrot).

MATURANA, Cristián (2012a). “Los recursos ante los tribunales colegiados en un procedimiento oral”. En *Revista de Derecho Procesal*, N°22.

MATURANA, Cristián (2012b). “*Introducción al Derecho Procesal, la jurisdicción y la competencia*” (Facultad de Derecho de la Universidad de Chile).

MATURANA, Cristián. (2015a). *Nociones sobre disposiciones comunes a todo procedimiento* (Apuntes de clases. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile).

MATURANA, Cristián (2015b). *Concepto, clasificación y bases orgánicas de los tribunales ordinarios, especiales y árbitros. Los auxiliares de la administración de justicia*. (Facultad de Derecho Universidad de Chile).

MERRYMAN, John y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio (2014). *La tradición jurídica romano-canónica*, (Fondo de Cultura Económica, México).

MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍE, José (2009). *El recurso de casación civil* (Valencia, Tirant lo Blanch tratados).

MORINEAU, Marta (1967). *Una introducción al Common Law*, (UNAM, México).

MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristián (2012). *Los recursos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).

RONDINI FERNÁNDEZ-DÁVILA, Patricio (2019). “Anagnórisis al diseño institucional del poder judicial chileno: Jueces imparciales hasta que comienzan a serlo”, En *Revista de Derecho* N°246 (julio-diciembre).

ORTELLS, Manuel (2010). “Formas del procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil”, En *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N°1.

PALOMO, Diego (2009). “Las marcas del proceso oral y escrito diseñado en el anteproyecto de nuevo CPC chileno”, En *Revista de Derecho*, Vol. 36 N°3.

PALOMO, Diego (2010). “Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite”, En *Estudios Constitucionales*, Año 8, N°2.

PALOMO, Diego y LORCA, Nelson (2017). *Sistema recursivo en los modelos reformados de justicia chilena: ¿Un avance o un retroceso?*, En DELGADO, Jordi y NÚÑEZ, Raúl (Coord.), *Recurso procesales. Problemas actuales*. (Santiago, Der Ediciones).

SALMÓN, Elizabeth y BLANCO, Cristina (2012). “El Derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos”, (Lima, Perú. Instituto de Democracia y Derechos Humano de la Pontifica Universidad Católica del Perú).

SQUELLA NARDUCCI, Agustín (2004). *Introducción al Derecho*, (Editorial Jurídica de Chile, Santiago).

TAPIA, Mauricio (2005). “Codificación: Entre pasión y desencanto por las leyes”. En MARTINIC, Dora y TAPIA, Mauricio (Dir.) *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, (Lexis Nexis, Santiago).

TARUFFO, Michele (2008). “Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil”, en Coloquio “Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente”, organizado por la Asociación Internacional de Derecho procesal, del 6 al 8 de noviembre, Gandia-Valencia.

TAVOLARI, Raúl (2006). “Reflexiones sobre la Corte Suprema Chilena”, En *El papel de los Tribunales Superiores*, (Rubinzal-Culzone Editores, Santa Fe).

TAVOLARI, Raúl (2008). “La prueba entre la oralidad y la escritura”, CARPI, Federico y ORTELLS, Manuel (Coord.) *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, (Ediciones Universitat de Valencia, Valencia).

TAVOLARI, Raúl (2017). “Prólogo”, en DELGADO, Jordi y NÚÑEZ, Raúl (Coord.), *Recursos procesales. Problemas actuales* (Santiago, Der Ediciones).

VALENZUELA, Williams (2013): “Reflexiones sobre el derecho al recurso a partir de la sentencia “Mohamed vs. Argentina””, *Estudios Constitucionales*, Año 11, N°2.

VARGAS, Macarena y FUENTES, Claudio (2018). *Introducción al Derecho Procesal. Nuevas aproximaciones*, (Der Ediciones, Santiago).

VERDUGO, Patricio (2011): “Síntesis jurisprudencial del artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República”, *Estudios Derecho Constitucional*, N°74.

WHITTAKER, Simon (2006). “Precedent in English Law: A View from the Citadel”, En *European Review for Private Law*, pp. 705-746. Traducido al castellano por BANFI, Cristián (2008). “El precedente en el Derecho Inglés: Una visión desde la ciudadela”, En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, N°1.

ZAPATA, Patricio (2008): *Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Artículos de internet

DUCE, Mauricio; FUENTE, Claudio; NÚÑEZ, Raúl; RIEGO, Cristián (2015). El derecho a un recurso y el proceso civil. En *El Mercurio Legal*, 18 de diciembre de 2015. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2015/12/18/El-derecho-a-un-recurso-y-el-proceso-civil.aspx>

VALENZUELA, Williams (2016). Garantías del derecho al recurso y su aplicación a materias civiles, laborales, fiscales o de cualquier otro carácter. *El Mercurio Legal*, 15 de enero de 2016. Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2016/01/15/Garantias-del-derecho-al-recurso-y-su-aplicacion-a-materias-civiles-laborales-fiscales-o-de-cualquier-otro-caracter.aspx?disp=1>

Tesis

ECHEVERRÍA REYES, Matías (2017). El derecho al recurso en los procesos civiles. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/144848>

NUMI CAPRA, Rafael (2018). Derecho al recurso en Chile: Una mirada desde el sistema internacional de derechos humanos. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/153091>.

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos

Sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humano, 31 de enero de 2001.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humano, 8 de marzo de 1998.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno

Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°481-2006, 4 de julio de 2006.

Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°1432-2009, 5 de agosto de 2010.

Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°576-2006, 24 de abril de 2007.

Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°699-2006, 14 de septiembre de 2007.

Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°986-2007, 30 de enero de 2008.

Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°1307-2009, 20 de enero de 2011.

Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°1448-2009, 7 de septiembre de 2010.

Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°1557-2009, 14 de abril de 2011.

Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°1718-2010, 14 de junio de 2011,

Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°1812-2010, 18 de agosto de 2011.

Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°1838-2010, 7 de julio de 2011.

Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°1876-2010, 9 de agosto de 2011.

Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°1968-2011, 15 de mayo de 2012.

Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°2034-2011, 5 de julio de 2012.

Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°2111-2011, 31 de octubre de 2012.

Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°2133-2011, 4 de julio de 2013.

Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°2354-2012, 9 de enero de 2014.

Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°2381-2012, 20 de agosto de 2013.

Sentencia Tribunal Constitucional, rol N°2657-2014, 9 de julio de 2014.

Jurisprudencia de la Corte Suprema

Corte Suprema, rol N°4719-2007, 27 de marzo de 2008.

Corte Suprema, rol N°83.347-2016, 8 de mayo de 2016.

Otras fuentes citadas

Opinión Consultiva Corte Interamericana de Derecho Humanos OC-9/87, 6 de octubre de 1987.

Actas oficiales de la Comisión Constituyente.