



Universidad de Chile

Escuela de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

**SISTEMAS DE NOMBRAMIENTO DE JUECES Y SU APLICACIÓN ACTUAL EN
EL DERECHO COMPARADO**

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

AUTOR:

BENJAMÍN CALIDONIO LIRA

PROFESOR GUÍA:

DAVOR HARASIC YAKSIC

SANTIAGO, CHILE

2011

AGRADECIMIENTOS

Al profesor don DavorHarasicYaksic. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile, por sus ideas y apoyo en la elaboración de esta memoria, y en todo el proceso de licenciatura.

TABLA DE CONTENIDO

| | Página |
|---|--------|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| CAPÍTULO I | 4 |
| Designación hecha por elección popular | |
| a. Aplicación en Bolivia | 7 |
| b. Aplicación en Perú | 11 |
| c. Aplicación en Colombia | 12 |
| d. Aplicación en Estados Unidos | 13 |
| CAPITULO II | 15 |
| Designación hecha por el Poder Legislativo | |
| a. Aplicación en Uruguay | 16 |
| b. Aplicación en Costa Rica | 17 |
| c. Aplicación en Alemania | 18 |
| d. Aplicación en Honduras | 18 |
| CAPITULO III | 20 |
| Designación hecha por el Poder Ejecutivo | |
| a. Aplicación en Japón | 23 |
| b. Aplicación en Brasil | 24 |
| c. Aplicación en Canadá | 24 |
| d. Aplicación en Australia | 25 |
| e. Aplicación en Estados Unidos | 25 |
| CAPITULO IV | 26 |
| Designación hecha por el Poder Judicial | |
| a. Aplicación en Perú | 27 |
| b. Aplicación en España | 30 |
| c. Aplicación en Bolivia | 33 |
| d. Aplicación en Uruguay | 35 |
| e. Aplicación en Colombia | 36 |
| f. Aplicación en México | 40 |

| | |
|---|-----------|
| g. Aplicación en Paraguay | 43 |
| h. Aplicación en Panamá | 45 |
| i. Aplicación en Costa Rica | 47 |
| j. Aplicación en República Dominicana | 48 |
| CAPITULO V | 50 |
| Designación hecha en base a sistemas mixtos | |
| a. Aplicación en Chile | 50 |
| b. Aplicación en Uruguay | 54 |
| c. Aplicación en Colombia | 56 |
| d. Aplicación en México | 57 |
| e. Aplicación en Italia | 58 |
| f. Aplicación en Brasil | 58 |
| g. Aplicación en Panamá | 59 |
| h. Aplicación en Japón | 60 |
| i. Aplicación en Puerto Rico | 60 |
| j. Aplicación en Argentina | 61 |
| k. Aplicación en Estados Unidos | 65 |
| l. Aplicación en Paraguay | 67 |
| m. Aplicación en República Dominicana | 67 |
| n. Aplicación en Alemania | 69 |
| o. Aplicación en Portugal | 69 |
| CAPITULO VI | 71 |
| Designación hecha por las partes del juicio. Arbitraje | |
| a. Designación de árbitros en Chile | 78 |
| b. Designación de árbitros en Argentina | 83 |
| c. Designación de árbitros en España | 87 |
| d. Designación de árbitros en Colombia | 89 |
| e. Designación de árbitros en Brasil | 92 |
| f. Designación de árbitros en Perú | 95 |
| g. Designación de árbitros en Uruguay | 97 |
| h. Designación de árbitros en Paraguay | 100 |
| i. Designación de árbitros en Bolivia | 103 |

| | |
|---|-----|
| j. Designación de árbitros en Honduras | 106 |
| k. Designación de árbitros en Ecuador | 109 |
| l. Designación de árbitros en México | 112 |
| m. Designación de árbitros en Guatemala | 113 |
| CONCLUSIONES | 116 |
| BIBLIOGRAFÍA | 119 |

INTRODUCCIÓN

Desde el primer momento en que las sociedades comenzaron a adoptar la heterocomposición (esto es, resolver un conflicto determinado entre dos partes, mediante la entrega de su decisión a un tercero independiente de los intereses de los primeros), como el mecanismo llamado a resolver los conflictos que a diario se presentan entre sus miembros, la principal preocupación fue, históricamente, la de determinar quién será la persona encargada de dictar la sentencia que corresponda. Aún antes de establecerse las normas aplicables al caso particular, lo que interesaba a las comunidades era designar a la persona del juez. El fenómeno de instituir leyes llamadas a regular las relaciones sociales es de data posterior.

Es así como, a lo largo de la historia, las sociedades han utilizado distintos mecanismos para realizar esta labor. Como por ejemplo, antiguamente era el Rey la persona a quien correspondía dirimir los conflictos internos del reino, o a la persona que el mismo Rey designara para esta misión. Así también hubo sociedades en las que la facultad de imponer justicia podía comprarse. Naturalmente estos sistemas han quedado en el olvido y hoy en día, son los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados los que regulan el procedimiento a seguir para la designación de las personas llamadas a ejercer la función jurisdiccional.

Es importante mencionar que históricamente se entendió que la labor de resolver los distintos litigios correspondía al Estado. De esta forma, ha sido, en la concepción actualmente predominante en el mundo de Estado de Derecho con división de poderes, el Poder Judicial de cada país el órgano encargado de aplicar el derecho vigente y adoptar la decisión competente al caso particular. No obstante lo anterior, pensamos que la institución del arbitraje, cada día de aplicación más creciente, ha venido a cambiar esta idea de Estado aplicador de justicia. Toda vez que gracias a esta institución, pueden las partes nombrar ellas mismas a la o las personas que tendrán la misión de resolver el conflicto en cuestión. Este sistema ofrece numerosas

ventajas a las partes litigantes, en comparación a las posibilidades que ofrecen los tribunales estatales, las cuales serán estudiadas posteriormente, explicándose así el notable avance que ha tenido el arbitraje como método de resolución de controversias.

Así las cosas, el objetivo del presente trabajo será analizar los diferentes sistemas de nombramiento de jueces que existen en la actualidad, presentando sus características, ventajas y desventajas que cada uno de estos sistemas presenta, de modo de poder determinar cuál es el más indicado para un mejor desarrollo del servicio judicial, tomando en cuenta el principio de la independencia judicial (en específico lo que se ha llamado “independencia externa” del Poder Judicial, esto es la capacidad para actuar con libertad respecto de los demás Poderes del Estado), toda vez que, como señala Atria¹: “es evidente que si el juez cree que su permanencia en el cargo o su salario o sus condiciones de trabajo o su progreso en la carrera judicial será afectado por el modo en que decida eso aumenta la probabilidad de que cuando tenga que pronunciarse sobre el caso lo hará no teniendo en vista qué es lo que a las partes en derecho corresponde, sino qué es lo que puede decidir para mantener su cargo o sus posibilidades de ascenso, entre otros”.

Es así como Nogueira Alcalá² nos menciona que “el nombramiento de jueces es siempre un acto político, en la medida que se nombra una autoridad que va a ejercer una parte de la potestad estatal, en cuanto poder políticos institucionalizado. Asimismo, los órganos encargados de realizar la provisión de los cargos judiciales siempre lo harán en concordancia con su propia cosmovisión del hombre, la sociedad y el mundo, tratando de nombrar jueces que sean afines a sus propias visiones valóricas y sensibilidades sociales. Lo único deseable y posible es que no se desarrolle una lealtad clientelística entre la autoridad que nombra y el juez, lo que generalmente se asegura porque el período de ejercicio de la función jurisdiccional excede el período de aquella autoridad que realiza el nombramiento”. Considerando el

¹ATRIA, Fernando. La improbabilidad de la Jurisdicción. En: COUSO, Javier y ATRIA, Fernando, editores. La judicatura como organización. Santiago, Chile. Expansiva. 2007. 45p.

² NOGUEIRA Alcalá, Humberto. La independencia del poder judicial: una condición y garantía estructural del Estado constitucional democrático. Gaceta Jurídica. 329, 2007. 11p.

nombramiento de jueces como un acto político, es que estudiaremos de qué manera influyen los poderes políticos en cada uno de estos sistemas, a fin de poder concluir cuál es el que asegura un mejor servicio judicial para las sociedades actuales.

Luego de la descripción de cada sistema, explicaremos su aplicación actual en diferentes Estados, del modo más completo y sistemático posible, indicando las leyes que regulan la materia, los requisitos establecidos para ocupar los cargos judiciales, las distintas prohibiciones e inhabilidades existentes, entre otros, a fin de ejemplificar de manera práctica cómo opera cada uno de estos mecanismos y conocer cuáles son los más utilizados por las legislaciones vigentes. Además de explicar el por qué se adoptan mayoritariamente algunos sistemas sobre otros.

Incluiremos además, como hemos señalado anteriormente, al arbitraje como uno de estos sistemas, explicando la manera en que funciona legalmente, en cada uno de los sistemas jurídicos analizados, la posibilidad que las partes tienen de nombrar árbitros para que resuelvan la contienda. Señalaremos los requisitos establecidos, las materias susceptibles de someterse a arbitraje, etc., de modo que podamos ofrecer una visión general de la designación de árbitros en distintos países.

Entonces, los sistemas de designación de jueces que serán objeto de este trabajo, cada uno será abordado en un Capítulo, son los siguientes:

1. Designación de los jueces por elección popular.
2. Designación de los jueces por nombramiento por el poder legislativo.
3. Designación de los jueces por nombramiento por el poder ejecutivo.
4. Designación de los jueces por nombramiento por el poder judicial.
5. Designación de los jueces en base a Sistemas mixtos.
6. Designación de los jueces hecha por las partes del juicio (arbitraje).

CAPITULO I

DESIGNACIÓN HECHA POR ELECCIÓN POPULAR.

De acuerdo con este sistema, es el pueblo el que tiene la facultad para nombrar a quienes se encargarán de ejercer la labor jurisdiccional. Basándose en la idea máxima de democracia, se le entrega a la ciudadanía la posibilidad de elegir a sus jueces, toda vez que son ellos quienes detentan el poder soberano y que se lo entregan a determinadas autoridades a través del voto.

Se esgrimen como grandes ventajas de este sistema el que los magistrados estarán constantemente rindiendo cuentas a la ciudadanía, lo que les forzaría a tener un correcto desempeño en su misión, si es que buscan extender su carrera dentro del Poder Judicial.

También se señala que este sistema traería jueces más independientes, al no depender en su nombramiento de los demás Poderes del Estado. Lo que es a todas luces discutible, toda vez que se está entregando gran parte de la posibilidad de decidir quiénes ocuparán los cargos magistrados a las organizaciones políticas dominantes, como ocurre actualmente en muchos los países con respecto a los cargos de elección popular, en los que, en la práctica, son los partidos políticos quienes internamente designan a los candidatos.

Por otra parte, consideramos que el gran problema que trae este sistema de nombramiento de jueces, tiene relación con el hecho de que este poder del estado, a diferencia de los otros, no tiene al principio de representatividad como elemento fundamental. Por lo que la aplicación de elecciones populares puede llevar a que los cargos magistrados sean ocupados por personas que no tienen la preparación técnica que debe exigirse a quienes tengan la potestad de resolver las causas civiles y penales. Especialmente en lo que se refiere a causas penales, este

sistema puede tener nefastas consecuencias, más aun considerando el discurso demagógico que acostumbran tener los políticos en materias sobre seguridad ciudadana. En síntesis, este sistema podría llevar a la aplicación de medidas populistas que vulneren los derechos de las personas. En palabras de Bordalí Salamanca³: “a este Poder le corresponde la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a las lesiones que pudiesen provenir del Estado. Esta función de freno puede ser desarrollada por la jurisdicción precisamente porque no es un poder representativo, sino sujeto únicamente a la ley y obligado a la averiguación de la verdad, cualesquiera fuesen los sujetos juzgados y los intereses dominantes del momento. De este modo, la función judicial es una garantía de todos los ciudadanos frente al gobierno representativo, siendo este uno de los principales sentidos que se le debe dar a tal función en las sociedades contemporáneas”.

Otro problema que vemos en este sistema, es que genera dependencia del juez respecto de sus electores, afectando enormemente su imparcialidad, ya que podría verse comprometido su trabajo a la hora de juzgar alguna causa en que sean partes las personas que apoyaron su candidatura.

Al respecto, Antonio Riesco⁴, en su memoria de título, escribió en relación a este sistema que “la elección de los jueces tiene una única ventaja positiva: la de asegurar al juez su completa independencia frente a los otros poderes públicos; ventaja, que además de poderse alcanzar con otros medios, está fuertemente desproporcionada con los inconvenientes del sistema:

La elección de los magistrados queda entregada por entero a la política, cuyas aspiraciones no siempre coinciden con las de la masa social;

³ BORDALÍ Salamanca, Andrés. Análisis crítico de la función e independencia judicial en el Derecho chileno. En: COUSO, Javier y ATRIA, Fernando, editores. La judicatura como organización. Santiago, Chile. Expansiva. 2007. 64p.

⁴RIESCO Gálvez, Antonio. Nombramiento de los jueces y demás funcionarios judiciales. Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de ciencias jurídicas y sociales. 1934. 15p.

La posibilidad de ser elegidos, por la razón misma de los procedimientos electorales, es bastante remota para los que tengan verdadera vocación de magistrados. Siempre serán supeditados por los candidatos de más mérito político; y

La naturaleza de los cargos electivos les obliga a ser temporales, desde que es un principio inconcuso de derecho público, el que la soberanía nacional no puede delegarse perpetuamente en un funcionario.

Esto coloca a los magistrados en la necesidad de depender durante el ejercicio de su ministerio de las exigencias de sus electores y de los dirigentes políticos, a fin de conservar sus votos. Se requeriría, verdaderamente, una grandeza de alma extraordinaria para no ser víctima de estas influencias.”

Por su parte, Juan Emilio Bianchi⁵, agregó que “un Parlamento puede y debe estar sujeto a las críticas o aplausos de la masa electoral; pero un juez debe precisamente evitar la influencia de la opinión pública, no porque es o sea conveniente que se aísle de la colectividad, sino por la simple razón de que la opinión pública es normalmente injusta, está sujeta a los naturales impulsos de sus sentimientos, de sus intuiciones, de sus reacciones, que llevan a mucha distancia de aquella misión esencial del juez de dar a cada uno lo que es realmente suyo, sin distingos ocasionales de simpatías o antipatías momentáneas.

Un funcionario elegido tiene forzosamente que mirar a las reacciones de sus electores, a fin de evitar no ser reelegido; y un juez que en lugar de administrar justicia, mirase las opiniones de quienes lo eligieron, dejaría de inmediato de ser juez.”

Respecto a esta relación que debe existir entre independencia judicial y crítica ciudadana, Humberto Nogueira⁶ señala lo siguiente: “todos los órganos y autoridades están sometidos a la legítima crítica ciudadana, que se puede

⁵ BIANCHI Astaburuaga, Juan Emilio. Del nombramiento de los jueces. Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho. 1961. 32p.

⁶ NOGUEIRA Alcalá, Humberto. La independencia del poder judicial: una condición y garantía estructural del Estado constitucional democrático. Gaceta Jurídica. 329: 10, 2007.

manifestar respecto de las resoluciones judiciales, como ocurre asimismo respecto de las decisiones de los otros órganos estatales, el recurso de la crítica ciudadana es un poderoso control que establece el Estado Constitucional a favor del pueblo respecto de sus representantes, el cual, muchas veces es más eficaz que las posibles responsabilidades jurídicas en la tarea de supervisión y control de la labor de jueces y magistrados.

Independencia judicial y crítica ciudadana son elementos que integran y deben convivir equilibradamente en un Estado Constitucional democrático dentro de determinados límites, lo que exige a la judicatura desembarazarse de conductas arrogantes y realizar una adecuada y necesaria tarea de acercamiento a la opinión pública.”

Por todo lo anterior, es que consideramos que un juez, dada la naturaleza de su función, debe estar ajeno a militancias políticas, que son incompatibles con la imparcialidad que debe existir al momento de decidir una causa judicial. Flores Dapkevicius⁷ resume esta idea al señalar que “la elección directa de los jueces por el pueblo es un tema de difícil instrumentación, en la práctica, por la posible politización de un poder esencialmente técnico”.

Revisemos legislaciones que contengan este sistema de designación de jueces:

a. Aplicación en Bolivia.

La Constitución Boliviana de 2009 establece expresamente este sistema para la designación de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia en su artículo 182: Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal.

⁷ FLORES Dapkevicius, Rubpen. Manual de Derecho Público. Uruguay. La Ley. 2010. 89p.

A continuación, el mismo artículo describe estrictos requisitos que deben cumplirse para evitar que estas elecciones presenten los problemas que, como anteriormente señalamos, puede generar este mecanismo de nombramiento. La principal medida que adopta el régimen boliviano, es una preselección de los postulantes, hecha por dos tercios de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional –órgano equivalente al Congreso-.

Dispone el artículo 20 de la Ley del Órgano Judicial que: Para ser elegida magistrada o magistrado del Tribunal Supremo o Tribunal Agroambiental, cualquier persona que cumpla con los requisitos exigidos en el párrafo VI del Artículo 182 de la Constitución Política del Estado y la presente Ley, podrá presentar su postulación ante la Asamblea Legislativa Plurinacional. Las y los aspirantes podrán postularse de manera directa o, en su caso, podrán ser postuladas y postulados por organizaciones sociales o instituciones civiles debidamente reconocidas. La Asamblea Legislativa Plurinacional, por el voto de dos tercios de sus miembros presentes, realizará la preselección de las y los postulantes, habilitando hasta cincuenta y cuatro precalificados, por circunscripción departamental, para el Tribunal Supremo de Justicia.

Además, se prohíben las campañas electorales para este tipo de elecciones, bajo sanción de ser inhabilitado para la elección, y la militancia política de los candidatos. Así, el Órgano Electoral será el único responsable de difundir sus méritos (Const., art. 182.III).

Los requisitos que la Constitución exige para optar al cargo de Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia son los generales establecidos en el artículo 18 de la Ley del Órgano Judicial: Contar con nacionalidad boliviana; Ser mayor de edad; Haber cumplido con los deberes militares en el caso de los varones; No tener pliego de cargo ejecutoriado ni sentencia condenatoria ejecutoriada en materia penal pendiente de cumplimiento; No estar comprendido en los casos de prohibición, inelegibilidad ni incompatibilidad establecidos en la Constitución y la presente Ley; Estar inscrita o inscrito en el padrón electoral; Hablar al menos dos idiomas oficiales

del país; Poseer título de abogado o abogada en provisión nacional; y No haber sido destituido con anterioridad por el Consejo de la Magistratura. A los cuales se agregan los del artículo 36 del mismo precepto legal: haber cumplido treinta años de edad; poseer título de abogado; haber desempeñado, con honestidad y ética, funciones judiciales, profesión de abogado o cátedra universitaria durante ochoaños; y no contar con sanción de destitución del Consejo de la Magistratura.

Se aplicará, también, el mismo sistema de prohibiciones e incompatibilidades que para los servidores públicos.

El pasado 16 de octubre, se realizaron, con polémica, las primeras elecciones judiciales, en las cuales se votaron a los 28 miembros de los cuatro entes nacionales del órgano judicial. Los 9 del Tribunal Supremo de Justicia, 7 del Tribunal Constitucional, 7 del Tribunal Agroambiental y 5 del Consejo de la Magistratura, con sus respectivos suplentes⁸.

La polémica se produce porque la oposición llamó a anular el voto por considerar que el gobernante Movimiento Al Socialismo (MAS) usa estos comicios para copar los 28 cargos⁹.

Los opositores y analistas temen fraude y sostienen que es un proceso electoral muy mal organizado y que hay desinformación acerca de los candidatos.

“En un 90%, la población no está enterada de quiénes son los candidatos. Por eso la gente va a ir a votar a favor o en contra del Presidente”, sostuvo Jorge Lazarte, analista político boliviano.

La oposición acusa también que muchos de los candidatos fueron elegidos por la Asamblea Legislativa Plurinacional, dominada por el oficialismo, y tienen

⁸ Polémicas elecciones judiciales se convierten en plebiscito para gestión de Evo Morales. El Mercurio, Santiago, Chile, 16 octubre, 2011. A-6.

⁹ Polémicas elecciones judiciales se convierten en plebiscito para gestión de Evo Morales. El Mercurio, Santiago, Chile, 16 octubre, 2011. A-6.

claros lazos con el gobierno, ya sea como funcionarios públicos o como asesores de sindicatos.

“Por todo esto, el proceso está viciado. La ciudadanía ya no cree en el gobierno y ve que con este supuesto acto democrático Morales quiere consolidar su régimen a través de la toma del Poder Judicial, que estará ahora al servicio de su gobierno y de una ideología política”, sostuvo el analista político paceño Carlos Cordero.

El vicepresidente Álvaro García Linera negó rotundamente que la lista de postulantes esté “teñida de oficialismo”, y sostuvo que la campaña por el voto nulo “parece un intento, un esfuerzo por mantener el viejo régimen de cuoteo político de los partidos neoliberales que se distribuían la justicia”. “Esto se acabó, ahora el pueblo va a elegir”, enfatizó.¹⁰

Los votos nulos alcanzaron 45%; los válidos, 39%, y los blancos, 15.5%, según los conteos rápidos de la encuestadora Ipsos, Opinión y Mercado, efectuados para la cadena de televisión ATB.¹¹

Para el abogado y columnista del diario El Deber de Santa Cruz José Antonio De Chazal, la elección es legal, porque solamente se computan los votos válidos y los jueces son electos por mayoría simple, pero ilegítima en su fondo por la gran cantidad de sufragios nulos y blancos. “Por ética ninguno de los jueces deberían asumir su función. Eso evitaría la crisis que se avecina”.

Carlos Toranzo, analista paceño, dijo que el alto porcentaje de votos nulos y blanco tiene una razón: “el ciudadano reaccionó contra la concentración del poder

¹⁰ Polémicas elecciones judiciales se convierten en plebiscito para gestión de Evo Morales. El Mercurio, Santiago, Chile, 16 octubre, 2011. A-6.

¹¹ Alto porcentaje de votos nulos en comicios judiciales complica a Morales. La Tercera, Santiago, Chile, 18 octubre, 2011. 20.

por parte del gobierno. Por tanto, el nuevo poder judicial nace ilegítimo, nace muerto”.¹²

b. Aplicación en Perú.

La Constitución Peruana en su artículo 139 señala los principios y derechos de la función jurisdiccional y dispone en su número 17: la participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley. De lo cual podríamos considerar que adopta este sistema para el nombramiento de los jueces. Pero posteriormente la norma establece al Consejo Nacional de la Magistratura como el órgano encargado de la selección y nombramiento de los jueces y fiscales, con excepción de los jueces que sean electos por elección popular, lo que viene a transformar, en la práctica, a este principio de participación popular, en una verdadera excepción dentro del sistema judicial peruano.

El artículo 152 de la Constitución señala que los Jueces de Paz provienen de elección popular.

Estos Juzgados de Paz constituyen el último nivel de la estructura jerárquica del Poder Judicial. Tienen básicamente una tarea conciliadora y funcionan en los pueblos, caserías y distritos pequeños. A diferencia de otras instancias judiciales, los pobladores del distrito respectivo eligen a su juez de paz por un período de dos años, quien debe ser una persona de prestigio, probidad y honestidad y no necesariamente abogado¹³.

¹² Polémica elección de jueces genera revés para Morales. El Mercurio, Santiago, Chile, 18 octubre, 2011. A-7.

¹³ Reporte sobre la justicia en las Américas 2006-2007. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. Santiago, Chile. CEJA. 2007. 390p.

Los jueces de paz dependen de la Corte Suprema de Justicia, que ratifica su nombramiento¹⁴.

c. Aplicación en Colombia.

El artículo 247 de la Constitución Política permite que la ley cree jueces encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. Actualmente, los jueces de paz se encuentran regulados por la ley 497 de 1999, la cual prevé que se trata de particulares que conocerán de los conflictos que las personas o la comunidad, en forma voluntaria y de común acuerdo, sometan a su conocimiento, que versen sobre asuntos susceptibles de transacción, conciliación o desistimiento y que no estén sujetos a solemnidades de acuerdo con la ley, y cuya cuantía no sea superior a los cien salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Los jueces de paz y de reconsideración, así denominados por la ley, son elegidos mediante votación popular por los ciudadanos de las comunidades ubicados en las respectivas circunscripciones electorales que se establezcan al interior del municipio o distrito, por un período de cinco años y son reelegibles de manera indefinida. Para tal efecto, a iniciativa del alcalde o del personero o de la mayoría de los miembros del concejo municipal o de grupos organizados de vecinos inscritos en la respectiva circunscripción electoral municipal o distrital existente, el concejo municipal, por medio de acuerdo, convocará a elecciones y determinará las circunscripciones electorales que sean necesarias para la elección. Actualmente, estos jueces han sido elegidos y están ejerciendo sus funciones sólo en algunos municipios del país.¹⁵

¹⁴ CERIAJUS. Los problemas de la Justicia en el Perú: hacia un enfoque sistémico. 60-61p. citado en Reporte sobre la justicia en las Américas 2006-2007. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. Santiago, Chile. CEJA. 2007. 391p.

¹⁵ RODRIGUEZ R., Libardo. Estructura del poder público en Colombia. Undécima edición. Bogotá, Colombia. Temis. 2009. 154p.

d. Aplicación en Estados Unidos.

La elección por votación popular de los jueces, es un sistema que ha sido frecuentemente utilizado en los sistemas judiciales estatales de muchos de los Estados que conforman los Estados Unidos de América, a continuación revisaremos su consagración en determinadas constituciones estatales.

La Constitución del Estado de California en su artículo 6° sec. 16, establece que los Jueces de la Suprema Corte serán elegidos en elecciones generales y los jueces de los tribunales de apelación lo serán en sus distritos, en el mismo tiempo y lugar en que se elija al Gobernador. Serán electos por 12 años.

El artículo 5° sec. 2 de la Constitución de Texas señala que la Corte Suprema de Justicia estará integrada por el Chief Justice y ocho jueces, dichos magistrados serán elegidos (tres de ellos cada dos años) por los votantes del Estado en una elección general y permanecerán en el cargo por seis años.

Para ser electo juez de la Corte Suprema se requiere tener licencia para practicar la abogacía en el Estado, ser ciudadano de Estados Unidos y del Estado, tener 35 años de edad cumplidos y haber ejercido la abogacía o haber sido juez de un tribunal por al menos diez años.

La Sec. 4 del mismo artículo dispone que el Tribunal de Apelaciones en lo Penal estará integrado por ocho magistrados y un juez presidente, quienes serán elegidos por los votantes del Estado en una elección general y durarán 6 años en sus cargos.

Existen Cortes de Apelaciones de Distrito, cada una tiene un Juez Presidente y dos o más jueces. Los jueces serán electos por los votantes de los respectivos distritos, en elecciones generales, por un período de 6 años (art. 5° sec. 6).

El Estado se divide en Distritos Judiciales, cada Distrito tiene 1 o más jueces, y éstos son elegidos por los votantes en elección general para un período de 4 años (art. 5° sec. 7).

La Constitución del Estados de Michigan regula al Poder Judicial del Estado en su artículo VI que establece lo siguiente:

La Corte Suprema del Estado se compone de siete Jueces elegidos por elecciones no partidistas, por un período de ocho años y no pueden expirar más de dos mandatos al mismo tiempo, es decir, que en cada elección sólo se designarán dos magistrados.

También son electos en elecciones no partidistas los miembros de la Corte de Apelaciones y los jueces de circuito, en ambos casos el mandato será de seis años.

CAPITULO II

DESIGNACIÓN HECHA POR EL PODER LEGISLATIVO.

Por este mecanismo de nombramiento de jueces, se entrega al legislador la facultad de proveer los cargos del Poder Judicial, también basado en el concepto ideal de democracia, toda vez que es la ciudadanía que escoge al legislador, éste aprovechando el mandato que el pueblo le entrega, procede a designar a las personas que llenarán los cargos judiciales. Se dice que este sistema supera los problemas del anterior por cuanto el legislador será más cuidadoso para nombrar personas técnicamente mejor preparadas para desempeñarse como juez. Si bien este es un punto a favor para este sistema con respecto al de elección popular, también tiene el inconveniente de ser un método que viene a politizar de sobremanera al Poder Judicial, y ya hemos señalado que labor del juez debe ser lo más independiente e imparcial posible.

También es un mecanismo de nombramiento que presenta inconvenientes por cuanto priva de autonomía al poder judicial, haciéndolo prácticamente un órgano subordinado del legislativo.

Antonio Riesco¹⁶ escribió en su memoria que “este sistema tiene el grave inconveniente de dar injerencia preponderante a los partidos políticos; son éstos los que eligen al Ejecutivo y Legislativo y al contar con la mayoría, influyen en forma decisiva, y con carácter exclusivamente político, en las designaciones judiciales.

Los sostenedores de este sistema hacen notar, por la inversa, que la intervención de cuerpos colegiados numerosos y de diversas autoridades y

¹⁶RIESCO Gálvez, Antonio. Nombramiento de los jueces y demás funcionarios judiciales. Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de ciencias jurídicas y sociales. 1934. 14p.

corrientes políticas, proporcionan el medio más eficaz para obtener un personal seleccionado”.

Señalemos a continuación, países que acogen este sistema:

a. Aplicación en Uruguay.

En Uruguay se aplica este sistema para la elección de los miembros de la Corte Suprema. Dispone el artículo 236 de su Constitución que los miembros de la Suprema Corte de Justicia serán designados por la Asamblea General por dos tercios de votos del total de sus componentes por un período de 10 años (o hasta cumplir 70 años de edad). La elección debe realizarse dentro de los noventa días de producida la vacante. Si al cabo de ese tiempo no se ha hecho nombramiento alguno, automáticamente se designa al miembro de los tribunales de apelaciones que tenga mayor antigüedad en el cargo¹⁷. Es importante aclarar que la Asamblea General es el órgano que ejerce el Poder Legislativo en este país, y está compuesta por dos Cámaras: la Cámara de Representantes y la Cámara de Senadores.

Los requisitos que exige el artículo 235 de la Constitución para ser miembro de la Suprema Corte de Justicia son: tener cumplidos cuarenta años de edad; ciudadanía natural en ejercicio, o legal con diez años de ejercicio y veinticinco años de residencia en el país; y ser abogado con diez años de antigüedad o haber ejercido con esa calidad la Judicatura o el Ministerio Público o Fiscal por espacio de ocho años. Sobre esto último, Flores Dapkevicius¹⁸ ha señalado que “se permite la designación de miembros que nunca hayan participado de la carrera judicial o que, habiéndolo hecho, no estén, en el momento de la designación, en ejercicio. Sin embargo los intentos de designación fuera de la judicatura han sido cuestionados por las asociaciones de jueces que, obvia y legítimamente, defienden sus intereses.

¹⁷ Reporte sobre la justicia en las Américas 2006-2007. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. Santiago, Chile. CEJA. 2007. 477p.

¹⁸FLORES Dapkevicius, Rubén. Manual de Derecho Público. Uruguay. La Ley. 2010. 115p.

A los efectos de designar un profesor, u otro colega, no juez, sólo resultan necesarios los votos y la actitud y fuerza política de quienes representan, directamente, al pueblo”.

Los miembros de la Suprema Corte de Justicia durarán diez años en sus cargos, sin perjuicio de que deberán cesar en el cargo a los setenta años de edad, de acuerdo a lo dispuesto para todos los miembros del Poder Judicial por el artículo 250 de la Constitución, y no podrán ser reelectos sin que medien cinco años entre su cese y la reelección (Const., art. 237).

Respecto a este sistema de designación, Flores Dapkevicius, en su Manual de Derecho Público, sostiene que “las competencias del Poder Legislativo en materia de designación son fundamentales en el desarrollo del equilibrio institucional del país. Ellos es así porque las mayorías exigidas en ese sentido hacen necesaria la coparticipación de los partidos políticos. Sin embargo, que el Poder Legislativo designe los soportes de determinados órganos, no ubica a los mismos “por debajo de ella”. Esta expresión del citado ubica, al Poder Judicial, nada menos, como un sistema orgánico jerarquizado (no se puede decir de otra forma), al Poder Legislativo”¹⁹.

b. Aplicación en Costa Rica.

El artículo 121 de la Constitución de Costa Rica establece como atribución exclusiva de la Asamblea Legislativa el nombrar a los Magistrados propietarios y suplentes de la Corte Suprema de Justicia. El artículo 158 de la Carta Magna indica que “los Magistrados de la Corte suprema de Justicia serán electos por ocho años y se considerarán reelegidos para períodos iguales, salvo que en votación no menor de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa se acuerde lo contrario”.

¹⁹FLORES Dapkevicius, Rubén. Manual de Derecho Público. Uruguay. La Ley. 2010. 116p.

Los requisitos que la Constitución exige, en su artículo 159, para ser Magistrado son:

1. Ser costarricense por nacimiento, por naturalización, con domicilio en el país no menor de diez años después de obtenida la carta respectiva (el Presidente de la Corte Suprema de Justicia deberá ser costarricense por nacimiento).

2. Ser ciudadano en ejercicio.

3. Pertenecer al estado seglar.

4. Ser mayor de treinta y cinco años.

5. Poseer título de abogado, expedido o legalmente reconocido en Costa Rica, y haber ejercido la profesión durante diez años por lo menos, salvo que se tratare de funcionarios judiciales con práctica judicial no menor de cinco años.

c. Aplicación en Alemania.

Se aplica este sistema de designación para el nombramiento de los jueces del Tribunal Constitucional Federal alemán, tribunal en el que la mitad de sus miembros son elegidos por el Bundestag (que equivale a la Cámara Baja del Parlamento), y la otra mitad la escoge el Bundesrat (Cámara Alta del Parlamento Alemán). Así lo establece el artículo 94 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

d. Aplicación en Honduras.

Los nueve magistrados propietarios y siete suplentes de la Corte Suprema son elegidos por el Congreso Nacional, así lo establece el artículo 303 de la Constitución Hondureña. Además, de acuerdo al artículo 304, el Congreso también designa al Presidente de la Corte Suprema.

Para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 307 de la Constitución requiere: Ser ciudadano en el ejercicio de sus derechos, hondureño por

nacimiento, Abogado de los Tribunales de la República, Colegiado, mayor de treinta y cinco años, del estado seglar y haber desempeñado los cargos de Juez de Letras o Magistrado de la Corte de Apelaciones durante cinco años, por lo menos, o ejercido la profesión por diez años.

Las prohibiciones para ser elegido Magistrado de la Corte Suprema las establece el artículo 308 constitucional, y son las siguientes:

1. Los que tengan cualquiera de las inhabilidades para ser Secretario de Estado (hay que remitirse al artículo 250 de la Constitución); y,
2. Los parientes entre sí en el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Por su parte el artículo 313 dispone que la calidad de Juez o Magistrado en funciones es incompatible con el libre ejercicio de la profesión del derecho y con la de funcionario o empleado de otros poderes públicos, excepto la de docente y de Diplomático ad-hoc. Los Jueces y Magistrados en funciones no podrán participar por motivo alguno en actividades políticas partidistas de cualquier clase, excepto la de emitir su voto personal, tampoco podrán sindicalizarse ni declararse en huelga.

CAPITULO III

DESIGNACIÓN HECHA POR EL PODER EJECUTIVO.

Este sistema, más propio de regímenes absolutistas que de democracias participativas, viene a aumentar aún más los amplios poderes que muchas legislaciones le entregan a Ejecutivo, entregándole prácticamente el mando del Poder Judicial.

También presenta inconvenientes por cuanto, además de restar independencia al Poder Judicial, politiza su accionar. Y ya sabemos que el trabajo de los jueces debe regirse lo más posible por la base orgánica de la independencia a fin de administrar justicia de manera imparcial.

Juan Emilio Bianchi²⁰ escribió, en su memoria de título, que “la aplicación cabal de este sistema privaría de inmediato a los jueces de toda independencia en sus funciones, pues aunque se mantuviese la inamovilidad y se prohibiese la injerencia del Ejecutivo en las actuaciones y resoluciones judiciales, no puede desconocerse que es natural y lógico que los jueces deseen ascender en su carrera y llegar de simples jueces de pueblos pequeños, a la meta normal de integrar un alto tribunal de justicia; y si para ello dependieran solamente del Ejecutivo, estaría siempre pendientes de agradar a los jefes de quienes dependiese todo nombramiento.

Por otra parte, sería igualmente natural que el Ejecutivo nombrase a aquellas personas que contaran en un determinado momento con sus simpatías políticas, transformando el Poder Judicial en un organismo esencialmente político, con los evidentes y enormes peligros que eso involucra”.

²⁰ BIANCHI Astaburuaga, Juan Emilio. Del nombramiento de los jueces. Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho. 1961. 34p.

Bordalí Salamanca²¹ manifiesta que “es evidente que tal sistema se presta para que el Ejecutivo nombre a personas de su agrado ideológico o político dentro de las posibilidades que le ofrecen los órganos judiciales. Ello es especialmente relevante en el caso de los ministros y abogados integrantes de las Cortes de Apelaciones, los que conocen en muchos casos de las reclamaciones que se pueden interponer contra las decisiones de los agentes administrativos obrando como jueces de primera instancia del contencioso administrativo. Tenemos de este modo a la Administración fallando en primera instancia en causa propia y luego a una Corte de Apelaciones cuyos miembros, titulares y abogados integrantes, han sido designados por el propio Ejecutivo”.

Además de lo anterior, debemos mencionar que existen grandes diferencias entre la naturaleza de la función Ejecutiva y la Judicial. Atria²² ha destacado la importancia de distinguir la organización no comisarial de la jurisdicción, señalado que “los jueces no son, a la manera de los funcionario de la administración del Estado, comisarios de alguien. Los jueces no pueden recibir órdenes de sus superiores y la avocación está expresamente prohibida: “ningún tribunal puede avocarse el conocimiento de causas o negocios pendientes ante otro tribunal, a menos que la ley le confiera expresamente esa facultad” (art. 8 COT).

La comparación entre la estructura comisarial del poder ejecutivo y la del poder judicial muestra el modo radicalmente distinto de legitimación de las decisiones de los funcionarios de la administración pública y de los jueces. La relación comitente/comisario es, por así llamarla, una relación que preserva la legitimación: si el comitente tiene legitimidad por ese solo hecho el comisario tiene legitimidad. La legitimidad democrática del Presidente de la República se transmite a los miembros de la administración por el hecho de que éstos son comisarios de aquel. Sólo porque los comisarios son dependientes de comitente puede decirse que entre ellos se obtiene esta relación de preservación de la legitimidad. Cuando el comisario decide, está

²¹BORDALI Salamanca, Andrés. Organización judicial en el derecho chileno: un poder fragmentado. Revista chilena del derecho. 36 (2). 2009. 222p.

²²ATRIA, Fernando. La improbabilidad de la Jurisdicción. En: COUSO, Javier y ATRIA, Fernando, editores. La judicatura como organización. Santiago, Chile. Expansiva. 2007. 40-41p.

decidiendo “por cuenta y riesgo” del Presidente de la República, y por eso no necesita más legitimidad que la que le otorga el hecho de estar desempeñando en forma regular su mandato y tener institucionalmente de condición de comisario, es decir, haber sido legalmente investido (art. 7 C. Pol.). Las características de la posición del comisario que hemos observado se siguen de la necesidad de mantener las condiciones para que la legitimidad sea en el sentido especificado transmisible: el comisario no tiene finalidades propias (sus finalidades son las del mandante, y lo que él tiene es un espacio para decidir sobre los medios adecuados), su acción no libera de responsabilidad a su mandante, en todo caso, puede avocarse al problema que el comisario está decidiendo su la decisión del comisario no es, a juicio del comitente, adecuada.

La posición de juez es radicalmente distinta, como hemos visto. El criterio de legitimación es en este caso diverso, la legitimación de la decisión del juez de letras no está dada porque él sea un comisario de la Corte Suprema, que a su vez tiene la legitimidad que le da el modo de nombramiento de sus miembros. Si así fuera, sería incomprensible que la Corte no ocupe, respecto de los jueces, la posición que los superiores jerárquicos ocupan respecto de los funcionarios públicos. La legitimidad del juez está dada por el hecho de que decide con sujeción a la ley. Es precisamente en la medida en que el juez decide con sujeción a la ley que puede reclamar la independencia que es esencialmente incompatible con la naturaleza misma de la relación comisarial.”

Por otra parte, Rubén Flores Dapkevicius²³, en su Manual de Derecho Público, señala que atribuirle tal competencia al Poder Ejecutivo “no parece aconsejable, de principio, en virtud de la posible injerencia de ese Poder sobre otro Poder del Estado. En todo caso, de permitirse, la forma de designación detalladamente regulada. Especialmente también, el cese de los jueces después de designados. Ello no permitiría, una solución siempre posible, de destitución por causas no técnicas, o personales, porque al Poder designante no le conforman las sentencias dictadas por el soporte correspondiente”.

²³FLORES Dapkevicius, Rubén. Manual de Derecho Público. Uruguay. La Ley. 2010. 98p.

En nuestro país, se ha presentado recientemente una polémica a propósito de opiniones emitidas por miembros del Ejecutivo respecto al accionar de los jueces, específicamente aquellos con competencia penal, en los casos de detenidos por desórdenes en protestas. El Ministro de Justicia, Teodoro Ribera, señaló que “cuando nos toca participar en la designación de jueces, miramos su actuar judicial”²⁴ y el Presidente Piñera dijo sobre los jueces: “Les pedimos lo que todo ciudadanos les pide en lo más profundo de sus corazones: que apliquen todo el rigor de la ley contra los delincuentes y que protejan, con toda su dedicación, el derecho de los ciudadanos a vivir en paz y en tranquilidad”²⁵. Estas declaraciones han sido fuertemente criticadas por miembros del Poder Judicial, pues son consideradas como un intento de influencia del Ejecutivo sobre su funcionamiento. Y vienen a confirmar las desventajas que hemos señalado que tiene el hacer al Poder Judicial un dependiente del Ejecutivo, ya que este último se mueve, muchas veces, más por aspiraciones populistas (como el terminar con la delincuencia encarcelando a todo aquel que pareciera ser culpable de un delito), que por ofrecer un adecuado servicio judicial, el que, como hemos dicho, debe ser resuelto por profesionales con capacidades técnicas independientes de lo que marquen las encuestas.

A continuación, legislaciones que han adoptado este sistema:

a. Aplicación en Japón.

Se aplica este sistema en Japón, donde los Jueces de la Corte Suprema son, de acuerdo a lo establecido en el artículo 79 de la Constitución, designados por el Gabinete, que es el órgano compuesto por el Primer Ministro y por los demás Ministros de Estado que ejercen el Poder Ejecutivo, de acuerdo a la Constitución Japonesa.

²⁴ Encapuchados: gobierno analizará fallos de jueces antes de decidir ascensos. La Tercera, Santiago, Chile, 22 octubre, 2011. 27.

²⁵ Oficialismo respalda a ministro Ribera tras dichos sobre jueces de garantía. El Mercurio, Santiago, Chile, 25 octubre, 2011. C-2.

Sin perjuicio lo anterior, la Carta Magna consagra en el mismo artículo 79, que la designación de los jueces de la Corte Suprema será sometida a la consideración de los electores en la primera elección general de miembros de la Cámara de Representantes que se realice después de sus nombramientos, y este procedimiento se repetirá nuevamente, una vez transcurridos diez años, en la primera elección general de miembros de dicha Cámara, y así sucesivamente. En los casos en que la mayoría de los electores se pronuncien por la remoción de un juez, éste será separado de su cargo. Por lo que la ciudadanía cumple una importante misión para limitar las amplias potestades con las que cuenta el Ejecutivo en esta materia.

b. Aplicación en Brasil.

El artículo 107 de la Constitución Brasileña señala que los Tribunales Regionales Federales se componen, como mínimo, de siete jueces, seleccionados, cuando fuese posible, en la respectiva región y nombrados por el Presidente de la República entre brasileños con más de treinta y menos de sesenta y cinco años, siendo:

1. un quinto de entre abogados con más de diez años de efectiva actividad profesional y miembros del Ministerio Público Federal con más de diez años de carrera;

2. los demás, mediante promoción de jueces federales con más cinco años de ejercicio, por antigüedad y mérito, alternativamente.

c. Aplicación en Canadá.

La Supreme Court Act regula el funcionamiento de la Corte Suprema de Canadá, y en sus artículos 4° y siguientes establece las normas aplicables a sus jueces. Este tribunal se compone por un Presidente y ocho jueces, todos nombrados por el Gobernador en Consejo de Ministros, quienes corresponden al Poder Ejecutivo como representantes de la monarquía en Canadá.

El artículo 5° dispone que cualquier persona puede ser nombrado juez si es o ha sido juez de un tribunal superior de una provincia o abogado o defensor de al menos diez años en una provincia.

d. Aplicación en Australia.

El sistema australiano es muy similar al canadiense, toda vez que también reconoce a la monarquía británica como su Jefe de Estado.

El artículo 72 del Constitution Act establece que los Magistrados del Tribunal Supremo y de los demás tribunales creados por el Parlamento serán nombrados por el Gobernador General en Consejo. De acuerdo al artículo 2° constitucional, el Gobernador General es el representante de Su Majestad en la Comunidad australiana.

Si bien en la práctica, estas facultades del Gobernador son simbólicas, toda vez que siempre actúa de acuerdo a lo que el Primer Ministro u otras autoridades indiquen, en lo literal de la legislación australiana, es él quien tiene la facultad de nombrar a los jueces.

e. Aplicación En Estados Unidos.

La Constitución del Estado de Massachusetts, en su capítulo II, sección I, art. IX, dispone que todos los funcionarios judiciales de Estado, serán designados y nombrados por el Gobernador con el consejo y consentimiento del Consejo Ejecutivo.

La Corte Suprema del Estado está integrada por un Chief Justice y seis Jueces Asociados, quienes son designados de esta manera.

CAPITULO IV

DESIGNACIÓN HECHA POR EL PODER JUDICIAL.

Según este sistema, es el propio Poder Judicial quien, mediante procedimientos internos, designa a las personas que ocuparán los cargos de magistrados.

Se señala que este sistema presenta grandes cualidades, toda vez que es el único que asegura una verdadera independencia en el trabajo de los jueces, por cuanto no está sometido a los vaivenes de la política.

Históricamente se ha criticado este sistema por diversas razones. Se argumenta que un régimen de tal índole representa poner la administración de justicia en manos de una aristocracia que sólo se preocupa de sí misma y resulta impermeable a los requerimientos del espíritu popular o de las verdaderas necesidades de la justicia²⁶. Se señala que sería contraproducente el hecho de que el Poder Judicial estuviera cerrado a influencias externas, lo que impediría una renovación, muchas veces necesaria. No compartimos esta opinión, pues si bien puede llegar a ocurrir que este sistema se preste para el abuso de una élite, que secuestre al Poder Judicial, no abriendo espacios para nuevas personas, lo cierto es que el nepotismo es un problema que puede presentarse cualquiera sea el mecanismo que se emplee para el nombramiento de los magistrados. Por lo demás, si se regula el sistema de manera rigurosa para que efectivamente se premie a los más capacitados y a quienes han desempeñado un mejor trabajo en el poder judicial, no debieran producirse los problemas que autores han manifestado. Debemos señalar, además, que estas críticas han sido hechas en épocas pasadas

²⁶SEPULVEDA, José Armando. Sistemas de nombramiento de los Jueces. Tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1977. 18h.

en las que los abusos de parte del poder público eran mucho más comunes que lo que son actualmente, por lo que si hace 50 años era posible una persona al interior del Poder Judicial nombrara para los puestos vacantes a sus familiares directos, hoy las sociedades están más pendientes respecto de este tipo de hechos y cuentan con los medios como para prevenirlos y sancionarlos.

Antonio Riesco²⁷ escribió en su memoria de título: “presenta este sistema la ventaja de alcanzar para los miembros de este Poder, la óptima independencia con relación a los demás Poderes Públicos, desde que en ninguna forma dependen de sus nombramientos sino del mismo Poder Judicial, eliminándose en esta forma el proselitismo político a que obligadamente se ven arrastrados los funcionarios judiciales en demanda de nombramientos o ascensos.

Se dice también en su pro, que efectuado el nombramiento en estas condiciones, se obtiene la mejor garantía de competencia, desde que nadie puede estar más capacitado para juzgar los méritos de los oponentes, que los propios miembros del Poder Judicial.

Los detractores del sistema lo objetan diciendo que este sistema significa la renuncia de la Nación a una parte de su soberanía, para entregarlo a un grupo invariable de ciudadanos que formarían una verdadera casta judicial creada gracias a la inclinación humana que existiría entre los funcionarios judiciales de favorecer a sus relaciones, que, por sus labores profesionales, generalmente se reclutan entre las familias de sus demás colegas.”

Revisemos cómo este sistema recibe aplicación práctica en la actualidad:

a. Aplicación en Perú.

²⁷ RIESCO Gálvez, Antonio. Nombramiento de los jueces y demás funcionarios judiciales. Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de ciencias jurídicas y sociales. 1934. 16p.

En Perú, la Constitución establece la existencia de un Consejo Nacional de la Magistratura que se encarga de la selección y nombramientos de los jueces y fiscales (art. 150). Si bien este es un órgano autónomo, la mayoría de sus miembros son elegidos por el Poder Judicial, abogados y fiscales, y su ley orgánica prohíbe el nombramiento de personeros activos del poder Ejecutivo y Legislativo (art. 6°). Por lo que lo consideraremos, para efectos de esta investigación, como un ente análogo al Poder Judicial.

La Ley Orgánica Constitucional del Consejo de la Magistratura, en su artículo 2° señala que a este organismo compete la selección, nombramiento, ratificación y destitución de los jueces y fiscales de todos los niveles, salvo cuando éstos provengan de elección popular, en cuyo caso sólo está facultado para extender el título y aplicar la sanción de destitución cuando corresponda conforme a la ley.

El artículo 22 de la LOC del Consejo sujeta el nombramiento de los jueces a las siguientes reglas:

a) El Presidente del Consejo convoca a concurso para cubrir plazas o las que se encuentren vacantes. En el Distrito Judicial de Lima, la convocatoria es publicada una vez en el Diario Oficial El Peruano y en otro de mayor circulación. Tratándose de la designación de un Juez o Fiscal en los demás distritos judiciales, la convocatoria debe además, publicarse en el periódico encargado de los avisos judiciales de la sede de la respectiva Corte Superior.

b) Los postulantes deben solicitar al Congreso Nacional de la Magistratura ser considerados candidatos y someterse al respectivo concurso de méritos y evaluación personal, presentando los documentos que señale el reglamento del Consejo Nacional de la Magistratura.

c) Para ser considerado candidato y someterse al respectivo concurso, los postulantes deberán acreditar haber aprobado satisfactoriamente los programas de formación académica para aspirantes al cargo de Magistrado del Poder Judicial o Fiscal del Ministerio Público organizados e impartidos por la Academia de la Magistratura.

d) Terminada la calificación de la documentación presentada, el Consejo publica la nómina de los postulantes que considere aptos para ser evaluados, a efectos de que se puedan formular tachas, acompañadas de prueba instrumental.

e) Cumplido lo previsto en el inciso anterior, se procede a llevar a cabo el concurso de méritos y evaluación personal de los postulantes.

Las etapas del concurso público de méritos y evaluación son, de acuerdo al art. 23 de la LOC:

- a) Calificación de los méritos acreditados en el curriculum vitae.
- b) Examen escrito.
- c) Evaluación personal.

Dispone el artículo 151 de la Constitución que la Academia de la Magistratura, que forma parte del Poder Judicial, se encarga de la formación y capacitación de jueces y fiscales en todos sus niveles, para los efectos de su selección. Es requisito para el ascenso la aprobación de los estudios especiales que requiera dicha Academia. Vemos entonces que es el Poder Judicial quien se encarga de la formación de los futuros jueces.

El artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala los requisitos que se exigen en Perú para ser Magistrado:

1. ser peruano de nacimiento;
2. ser ciudadano en ejercicio y estar en pleno goce de sus derechos civiles;
3. tener título de Abogado expedido o revalidado conforme a ley, salvo el caso de los Jueces de Paz;
4. tener conducta intachable;
5. no ser ciego, sordo o mudo, ni adolecer de enfermedad mental o incapacidad física permanente, que le impida ejercer el cargo con la diligencia necesaria;
6. no haber sido condenado ni hallarse procesado, por delito doloso común;
7. no encontrarse en estado de quiebra culposa o fraudulenta;

8. no haber sido destituido de la Carrera Judicial o del Ministerio Público o de la Administración Pública o de empresas estatales, por medida disciplinaria, ni de la actividad privada, por causa o falta grave laboral;

9. tener el grado de especialista en Administración de Justicia, especialidad judicial otorgada por la Academia de Altos Estudios en Administración de Justicia y en cada caso haber cursado estudios de segunda y ulterior especialización;

10. no tener ninguna de las otras incompatibilidades señaladas por ley.

El art. 178 de la misma ley establece los requisitos siguientes para ser nombrado Vocal de la Corte Suprema:

1.- Ser mayor de cuarenta y cinco años;

2.- Haber sido Vocal de la Corte Superior, Fiscal Supremo Adjunto o Fiscal Superior, cuando menos diez años o haber ejercido la abogacía o desempeñado cátedra universitaria en disciplina jurídica por un período no menor de veinte años; y,

3.- No estar incurso en alguna incompatibilidad establecida por ley.

Finalmente, para ser nombrado Vocal de la Corte Superior, de acuerdo al art. 179, los requisitos son:

1.- Ser mayor de treinta y dos años;

2.- Haber sido Juez Especializado o Mixto, Fiscal Superior Adjunto, o Fiscal Provincial, durante cinco años o haber ejercido la abogacía o desempeñado cátedra universitaria en disciplina jurídica, por un período no menor de siete años; y,

3.- No estar incurso en ninguna incompatibilidad establecida por ley.

b. Aplicación en España.

En España, la Constitución establece en su artículo 122 al Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno del mismo. Entre sus funciones, señaladas en el artículo 107 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, están las de formación y perfeccionamiento, provisión de destinos, ascensos, situaciones

administrativas y régimen disciplinario de Jueces y Magistrados (en España se consideran magistrados sólo a los jueces de los tribunales superiores) y el nombramiento mediante Orden de los Jueces y presentación a Real Decreto, refrendado por el Ministro de Justicia, de los nombramientos de Magistrados del Tribunal Supremo, Presidentes y Magistrados.

El Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno del Poder Judicial, que sin embargo no tiene potestad jurisdiccional y cuya función primordial es garantizar la independencia de los Jueces y Magistrados en cuanto ejercen la función jurisdiccional, a través de la atribución constitucional y, por ende, la asunción de “las funciones que más pueden servir al Gobierno para intentar influir sobre los Tribunales: de un lado, el posible favorecimiento de algunos jueces por medio de nombramientos y ascensos; de otra parte, las eventuales molestias y perjuicios que podrían sufrir con la inspección y la imposición de sanciones...etc.”, en palabras del Tribunal Constitucional.²⁸

Este Consejo General está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión. Así lo dispone el artículo 122.3 de la Constitución española.

De este Consejo depende la Escuela Judicial, configurada como centro de selección y formación de jueces y magistrados, tendrá como objeto proporcionar una preparación integral, especializada y de alta calidad a los miembros de la Carrera Judicial, así como a los aspirantes a ingresar en ella.

²⁸ MARTINEZ Tristán, Francisco Gerardo. La administración de justicia: juzgados y tribunales. En: GUTIERREZ-ALVIZ Conradi, Faustino, Director. Justicia: poder y servicio público. Madrid, España. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial. 2007. 127-128p.

La trascendencia del Consejo General en materia de nombramiento de jueces viene dada por lo dispuesto en el artículo 316 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que:

1. Los jueces serán nombrados, mediante orden, por el Consejo General del Poder Judicial.

2. Los magistrados y los presidentes serán nombrados por Real Decreto, a propuesta de dicho Consejo.

3. La presentación a Real Decreto se hará por el Ministro de Justicia, que refrendará el nombramiento.

Podrán ser nombrados Magistrados del Tribunal Supremo los Abogados y juristas de prestigio que, cumpliendo los requisitos establecidos para ello, reúnan méritos suficientes a juicio del Consejo General del Poder Judicial y hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años preferentemente en la rama del Derecho correspondiente al orden jurisdiccional de la Sala para la que hubieran de ser designados (art. 345 Ley Orgánica del Poder Judicial).

En España los Jueces profesionales son seleccionados a través de un procedimiento de examen denominado oposición libre en el que pueden participar todos los españoles mayores de edad sin antecedentes penales que se encuentren en posesión del título de Licenciado en Derecho y gocen de la plenitud de sus derechos civiles.

Bordalí Salamanca²⁹ escribió respecto a este sistema que “a todos los jueces se les garantiza el ejercicio imparcial de sus tareas asignadas constitucionalmente, toda vez que los jueces son elegidos por el órgano de gobierno del Poder Judicial (el Consejo General de la Magistratura) y removidos sólo por ese órgano. En

²⁹ BORDALI Salamanca, Andrés. Organización judicial en el derecho chileno. Revista chilena del derecho. 36 (2). 2009. 236p.

definitiva, los jueces españoles están protegidos tanto en su nombramiento como en su remoción de las influencias de los órganos políticos”.

c. Aplicación en Bolivia.

El sistema tratado en este capítulo recibe aplicación en Bolivia para la designación de los vocales titulares de los Tribunales Departamentales de Justicia (su equivalente en Chile serían las Cortes de Apelaciones). Para designar estos jueces, la Ley del Órgano Judicial, en su artículo 48, señala que serán elegidos por el Tribunal Supremo de Justicia por la mitad más uno de los votos de sus miembros presentes, elección que se hará de listas remitidas por el Consejo de la Magistratura, que también es un órgano perteneciente al Poder Judicial, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley del órgano Judicial.

Los requisitos que la ley boliviana exige para ser nombrado juez en estos tribunales son los generales para postular a cualquier cargo jurisdiccional, establecidos en el artículo 18 de la Ley del Órgano Judicial:

1. Contar con nacionalidad boliviana;
2. Ser mayor de edad;
3. Haber cumplido con los deberes militares en el caso de los varones;
4. No tener pliego de cargo ejecutoriado ni sentencia condenatoria ejecutoriada en materia penal pendiente de cumplimiento;
5. No estar comprendido en los casos de prohibición, inelegibilidad ni incompatibilidad establecidos en la Constitución y la presente Ley;
6. Estar inscrita o inscrito en el padrón electoral;
7. Hablar al menos dos idiomas oficiales del país;
8. Poseer título de abogado o abogada en provisión nacional;
9. No haber sido destituido con anterioridad por el Consejo de la Magistratura.

A los cuales se agregan los del artículo 47 del mismo precepto legal, para el cargo de Vocal de Tribunal Departamental de Justicia:

1. Haber desempeñado con honestidad y ética funciones judiciales, profesión de abogado o docencia universitaria, durante seis años;
2. No tener militancia política, ni pertenecer a ninguna agrupación ciudadana al momento de postularse.

En el caso de los Tribunales de Sentencia y Juzgados Públicos –tribunales inferiores del Poder Judicial Boliviano-, el nombramiento recae únicamente en el Consejo de la Magistratura, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley del Órgano Judicial.

Respecto de los requisitos exigidos para desempeñar estos cargos, se deben agregar a los ya señalados del artículo 18 de la ley orgánica, los del artículo 61 del mismo precepto legal:

1. Haber desempeñado con honestidad y ética funciones judiciales, o haberejercido la profesión de abogado o la docencia universitaria, durante dos años como mínimo y;
2. Hablar obligatoriamente el idioma que sea predominante en el lugar o región donde se postula o ejercerá el cargo.

Hemos dicho que en Bolivia el Consejo de la Magistratura forma parte del Poder Judicial, por lo cual encasillamos los procesos de nombramiento de estos dos últimos tipos de jueces en el sistema del presente capítulo. Más no podemos dejar pasar que este órgano presenta algunas particularidades que no se dan en la mayoría de las instituciones judiciales, toda vez que sus miembros son elegidos por elección popular de entre los candidatos que son propuestos por el Parlamento. Así lo dispone el artículo 169 de la Ley del Órgano Judicial. Hecha esta aclaración, nos parece que si bien existe participación indirecta de la ciudadanía y del parlamento boliviano, en estos prima el sistema de elección hecha por el propio poder judicial.

Respecto a las prohibiciones para desempeñarse como juez en Bolivia, corresponde citar las siguientes normas:

El artículo 238 de la Constitución dispone que las siguientes personas no podrán acceder a cargos públicos electivos:

1. Quienes ocuparon u ocupen cargos directivos en empresas o corporaciones que tengan contratos o convenios con el Estado, y no hayan renunciado al menos tres meses antes al día de la elección.

2. Quienes hayan ocupado cargos directivos en empresas extranjeras transnacionales que tengan contratos o convenios con el Estado, y no hayan renunciado al menos cinco años antes al día de la elección.

3. Quienes ocupen cargos electivos, de designación o de libre nombramiento, que no hayan renunciado a éste, al menos tres meses antes al día de la elección, excepto el Presidente y el Vicepresidente de la República.

4. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Boliviana en servicio activo que no hayan renunciado al menos tres meses antes al día de la elección.

5. Los ministros de cualquier culto religioso que no hayan renunciado al menos tres meses antes al día de la elección.

Por otra parte, el artículo 19.II de la Ley del Órgano Judicial agrega las siguientes causales de inelegibilidad:

1. Tener militancia en alguna organización política.

2. Haber integrado el Directorio o Gerencia de una sociedad comercial cuya quiebra hubiese sido declarada fraudulenta.

3. Haber patrocinado a personas que resultaren culpables de la comisión de delitos contra la unidad del Estado, así como quienes hayan participado de la conformación de gobiernos dictatoriales o hayan patrocinado procesos de entrega o enajenación de recursos naturales y patrimonio nacional.

d. Aplicación en Uruguay.

Entre las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia se encuentra la de designar, por mayoría absoluta de sus miembros, a los Jueces de Letras de todos

los grados y denominaciones del Poder Judicial uruguayo y a los Jueces de Paz. Así lo establecen los numerandos 5° y 6° del artículo 239 de la Constitución Uruguaya.

Los requisitos que se deben cumplir para ser Juez de Letras son: tener veintiocho años de edad cumplidos; ciudadanía natural en ejercicio, o legal con cuatro años de ejercicio; y ser abogado con cuatro años de antigüedad o haber pertenecido con esa calidad por espacio de dos años al Ministerio Público o Fiscal o a la Justicia de Paz (Const., art. 245).

Los Jueces Letrados durarán en sus funciones por todo el tiempo de su buen comportamiento hasta el límite de los setenta años de edad, dispuesto por el artículo 250 de la Constitución. No obstante, por razones de buen servicio, la Suprema Corte de Justicia podrá trasladarlos en cualquier tiempo, de cargo o de lugar, o de ambas cosas (Const., art. 246).

Para ser Juez de Paz se requiere tener veinticinco años de edad cumplidos y ciudadanía natural en ejercicio, o legal con dos años de ejercicio. Para algunas ciudades se exige, además, el título de abogado (Const., art. 247).

Los Jueces de Paz durarán cuatro años en el cargo y podrán ser removidos en cualquier tiempo, si así conviene a los fines del mejor servicio público (Const., art. 249).

e. Aplicación en Colombia.

El Consejo Superior de la Judicatura es la institución que juega el rol fundamental en la designación de los magistrados de acuerdo a lo establecido en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (en adelante LEAJ), conforme a los procedimientos que señalaremos más adelante. La naturaleza jurídica del Consejo Superior de la Judicatura como la entidad encargada de administrar la rama judicial,

afirmando de esta manera su independencia y ejercer la función disciplinaria³⁰. Está compuesto por dos salas: una administrativa y otra jurisdiccional disciplinaria, todo según la ley mencionada.

Específicamente es su Sala Administrativa, compuesta por seis magistrados electos por la Corte Suprema, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, la que participa activamente en la designación de los jueces. El artículo 85 de la LEAJ menciona entre las atribuciones de la Sala Administrativa, las siguientes:

10. Enviar a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado listas superiores a cinco candidatos para proveer las vacantes de Magistrados que se presenten en estas Corporaciones.

11. Elaborar y presentar a la Corte Suprema de Justicia y al Consejo de Estado listas para la designación de Magistrados de los respectivos Tribunales, de conformidad con las normas sobre carrera judicial.

17. Administrar la Carrera Judicial de acuerdo con las normas constitucionales y la presente ley.

22. Reglamentar la carrera judicial.

Para ser miembro de este órgano, el artículo 77 de LEAJ exige ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y mayor de treinta y cinco años; tener título de abogado y haber ejercido la profesión durante diez años con buen crédito. Y para elaborar las listas a las que nos referimos en el párrafo anterior, el Consejo Superior de la Judicatura invitará a todos los abogados que reúnan los requisitos y que aspiren a ser Magistrados, para que presenten su hoja de vida y acrediten las calidades mínimas requeridas. Al definir la lista, el Consejo Superior de la Judicatura deberá indicar y explicar las razones por las cuales se incluyen los nombres de los aspirantes que aparecen en ella (LEAJ, art. 53).

³⁰ Consejo Superior de la Judicatura, Atlas Judicial de Colombia, Sala Administrativa, Colombia, Ed. CSJ, 1998, 261p. citado en ROSALES García, Carlos Manuel. Análisis del Consejo de la Judicatura Federal como órgano del gobierno del Poder Judicial Federal. Tesis para obtener el título de licenciado en derecho. México. Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, 2004. 36p.

Para ser funcionario de la Rama Judicial, el artículo 127 de la LEAJ exige:

1. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio y estar en pleno goce de sus derechos civiles;
2. Tener título de abogado expedido o revalidado conforme a ley, salvo el caso de los Jueces de Paz; y,
3. No estar incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad.

El artículo 150 de la LEAJ establece las siguientes prohibiciones para ejercer cargos en la Rama Judicial:

1. Quien se halle en interdicción judicial.
2. Quien padezca alguna afección mental que comprometa la capacidad necesaria para el desempeño del cargo, debidamente comprobada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.
3. Quien se encuentre bajo medida de aseguramiento que implique la privación de la libertad sin derecho a la libertad provisional.
4. Quien esté suspendido o haya sido excluido de la profesión de abogado. En este último caso, mientras obtiene su rehabilitación.
5. Quien haya sido destituido de cualquier cargo público.
6. Quien haya sido declarado responsable de la comisión de cualquier hecho punible, excepto por delitos políticos o culposos.
7. El que habitualmente ingiera bebidas alcohólicas y el que consuma drogas o sustancias no autorizadas o tenga trastornos graves de conducta, de forma tal que puedan afectar el servicio.

Se agregan las siguientes inhabilidades, por el artículo 151:

1. El desempeño de cualquier otro cargo retribuido, o de elección popular o representación política; los de árbitro, conciliador o amigable componedor, salvo que cumpla estas funciones en razón de su cargo; de albacea, curador dativo y, en general, los de auxiliar de la justicia.
2. La condición de miembro activo de la fuerza pública.

3. La calidad de comerciante y el ejercicio de funciones de dirección o fiscalización en sociedades, salvo las excepciones legales.

4. La gestión profesional de negocios y el ejercicio de la abogacía o de cualquier otra profesión u oficio.

5. El desempeño de ministerio en cualquier culto religioso.

El artículo 160 de la LEAJ prescribe que para el ejercicio de cargos de carrera en la Rama Judicial se requiere, además de los requisitos exigidos en disposiciones generales, haber superado satisfactoriamente el proceso de selección y aprobado las evaluaciones previstas por la ley y realizadas de conformidad con los reglamentos que para tal efecto expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

La Corte Suprema de Justicia es el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria y está integrada por veintitrés magistrados, elegidos por la misma corporación para períodos individuales de ocho años, de listas superiores a cinco candidatos que reúnan los requisitos constitucionales, por cada vacante que se presente, enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (LEAJ, art. 15).

Para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia –al igual que para serlo de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado- se requiere, de acuerdo al artículo 232 de la Constitución colombiana:

1. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio;

2. Ser abogado;

3. No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; y

4. Haber desempeñado, durante diez años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente.

Por último, los jueces de los Distritos Judiciales son designados por la Sala Plena del respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial (equivalente a las Cortes de Apelaciones chilenas) de listas elaboradas por la Sala Administrativa del correspondiente Consejo Seccional de la Judicatura, según lo dispone el artículo 20 de la LEAJ.

f. Aplicación en México.

El poder judicial mexicano, a través del Consejo de la Judicatura Federal, tiene la potestad para designar a los Magistrados de Circuito y a los Jueces de Distrito (tribunales de segunda y primera instancia de los juicios federales) en base a criterios objetivos y requisitos y procedimientos legales, según lo establece el artículo 97 de la Constitución.

Este Consejo de la Judicatura es la institución encargada de la administración, vigilancia, disciplina y de la carrera judicial del Poder Judicial de la Federación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

La creación del Consejo de la Judicatura Federal como órgano de administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte, se sustenta en la separación, autonomización y especialización de las funciones no jurisdiccionales respecto de las jurisdiccionales. Además de ejercer todas las atribuciones de gobierno y administración que le correspondían anteriormente a la Suprema Corte de Justicia, el CJF tiene a su cargo la administración de la carrera judicial. En tal sentido se encarga de organizar los concursos de oposición para el nombramiento de los jueces y magistrados, así como de decidir todo lo relativo a adscripciones, ratificaciones, promociones, disciplina y estímulos³¹. Una función importante del Consejo de la Judicatura es la

³¹ FIX-FIERRO, Héctor. El Poder Judicial en González, María del Refugio y López Ayllón, Sergio (coordinadores) Transiciones y diseños institucionales. Ed. UNAM-IIJ, México, 2000.

preparación de sus integrantes, con la instauración de la carrera judicial, lo que da como resultado una mejor selección, para el nombramiento de juzgadores, más aptos y eficaces, para cumplir con sus cometidos³².

El artículo 100 de la Constitución prescribe que este Consejo se integra por siete miembros de los cuales, uno será el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, quien también lo será del Consejo; tres Consejeros designados por el Pleno de la Corte, por mayoría de cuando menos ocho votos, de entre los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito; dos Consejeros designados por el Senado, y uno por el Presidente de la República. Si bien hay participación de los demás Poderes del Estado en la composición del organismo, éste pertenece al Poder Judicial, que además es el que tiene mayor incidencia en el nombramiento de sus miembros.

Respecto a los requisitos para ser nombrado juez en México, señalemos que el artículo 106 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ordena que “para poder ser designado magistrado de circuito se requiere ser ciudadano mexicano por nacimiento, que no se adquiera otra nacionalidad y estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos, mayor de treinta y cinco años, gozar de buena reputación, no haber sido condenado por delito intencional con sanción privativa de la libertad mayor de un año, contar con título de licenciado en derecho expedido legalmente y práctica profesional de cuando menos cinco años, además de los requisitos previstos en esta ley respecto de la carrera judicial. Los magistrados de circuito durarán seis años en el ejercicio de su encargo, al término de los cuales, si fueren ratificados, sólo podrán ser privados de sus cargos por las causas que señala esta ley, o por retiro forzoso al cumplir setenta y cinco años de edad”.

217p, citado en ROSALES García, Carlos Manuel. Análisis del Consejo de la Judicatura Federal como órgano del gobierno del Poder Judicial Federal. Tesis para obtener el título de licenciado en derecho. México. Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, 2004. 77p.

³² ROSALES García, Carlos Manuel. Análisis del Consejo de la Judicatura Federal como órgano del gobierno del Poder Judicial Federal. Tesis para obtener el título de licenciado en derecho. México. Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, 2004. 9p.

Por otra parte, el artículo 108 de la misma Ley prescribe que “Para ser designado juez de distrito se requiere ser ciudadano mexicano por nacimiento, que no se adquiriera otra nacionalidad, estar en pleno ejercicio de sus derechos, ser mayor de treinta años, contar con título de licenciado en derecho expedido legalmente, un mínimo de cinco años de ejercicio profesional, gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito intencional con sanción privativa de libertad mayor de un año. Los jueces de distrito durarán seis años en el ejercicio de su encargo, al término de los cuales, si fueren ratificados o designados para ocupar el cargo de magistrados de circuito, sólo podrán ser privados de sus cargos por las causas que señala esta ley o por retiro forzoso al cumplir setenta y cinco años de edad”.

Por último, el artículo 114 de la Ley mencionada establece el proceso de selección mediante el cual se designan estos jueces, en los siguientes términos:

“Los concursos de oposición libre e internos de oposición para el ingreso a las categorías de magistrado de circuito y juez de distrito se sujetarán al siguiente procedimiento:

I. El Consejo de la Judicatura Federal emitirá una convocatoria que deberá ser publicada por una vez en el Diario Oficial de la Federación y por dos veces en uno de los diarios de mayor circulación nacional, con un intervalo de cinco días hábiles entre cada publicación. En la convocatoria, se deberá especificar si el concurso se trata de oposición libre o de concurso interno de oposición.

La convocatoria señalará las categorías y número de vacantes sujetas a concurso, el lugar, día y hora en que se llevarán a cabo los exámenes, así como el plazo, lugar de inscripción y demás elementos que se estimen necesarios;

II. Los aspirantes inscritos deberán resolver por escrito un cuestionario cuyo contenido versará sobre materias que se relacionen con la función de la plaza para la que se concursa.

De entre el número total de aspirantes tendrán derecho a pasar a la siguiente etapa quienes hayan obtenido las más altas calificaciones, asegurando que el número de los seleccionados sea mayor al de las plazas vacantes.

El Consejo de la Judicatura Federal, deberá establecer en la convocatoria respectiva, de manera clara y precisa, los parámetros para definir las más altas calificaciones y el mínimo aprobatorio para esta etapa dentro del concurso de oposición.

En caso de empate, se resolverá con criterio de acción afirmativa de equidad.

III. Los aspirantes seleccionados, en términos de la fracción anterior, resolverán los casos prácticos que se les asignen mediante la redacción de las respectivas sentencias. Posteriormente se procederá a la realización del examen oral y público que practique el jurado a que se refiere el artículo 117 de esta ley, mediante las preguntas e interpelaciones que realicen sus miembros sobre toda clase de cuestiones relativas a la función de magistrado de circuito o juez de distrito, según corresponda. La calificación final se determinará con el promedio de los puntos que cada miembro del jurado le asigne al sustentante.

Al llevar a cabo su evaluación, el jurado tomará en consideración los cursos que haya realizado el sustentante en el Instituto de la Judicatura, la antigüedad en el Poder Judicial de la Federación, el desempeño, el grado académico y los cursos de actualización y especialización que haya acreditado, en términos del reglamento que dicte el Consejo de la Judicatura Federal. Cuando ningún sustentante alcance el puntaje mínimo requerido, el concurso se declarará desierto, y

IV. Concluidos los exámenes orales, se levantará un acta final y el presidente del jurado declarará quienes son los concursantes que hubieren resultado vencedores y el medio de selección utilizado, e informará de inmediato al Consejo de la Judicatura Federal para que realice los nombramientos respectivos y los publique en el Semanario Judicial de la Federación”.

g. Aplicación en Paraguay.

La Constitución paraguaya en su artículo 251 expresamente opta por el sistema de designación de jueces hecho por el poder judicial.

Dispone el Artículo 251: “los miembros de los tribunales y juzgados de toda la República serán designados por la Corte Suprema de Justicia, a propuesta en terna del Consejo de la Magistratura”. Debemos aclarar que, como veremos en el siguiente capítulo, esta regla no es aplicable al nombramiento de los miembros de la Corte Suprema, los cuales se rigen por un sistema mixto de designación.

Por su parte, el artículo 264 señala como una de las atribuciones del Consejo de la Magistratura el “proponer en ternas a la Corte Suprema de Justicia, con igual criterio de selección y examen, los nombres de candidatos para los cargos de miembros de los tribunales inferiores, los de los jueces y los de los agentes fiscales”.

Este Consejo de la Magistratura es el órgano constitucional con competencia exclusiva para seleccionar y proponer las ternas vinculantes para integrar la Corte Suprema de Justicia, los miembros de los tribunales inferiores, los Jueces y Agentes Fiscales, basándose en criterios de idoneidad, méritos y aptitudes³³.

De acuerdo a lo reglado en el artículo 262 de la Constitución paraguaya, dicho Consejo está conformado por:

1. un miembro de la Corte Suprema de Justicia, designado por ésta;
2. un representante del Poder Ejecutivo;
3. un Senador y un Diputado, ambos nominados por su Cámara respectiva;
4. dos abogados de la matrícula, nombrados por sus pares en elección directa;
5. un profesor de las facultades de Derecho de la Universidad Nacional, elegido por sus pares, y
6. un profesor de las facultades de Derecho con no menos de veinte años de funcionamiento, de las Universidades privadas, elegido por sus pares.

³³ < <http://consejodelamagistratura.gov.py/about/> > [consulta : 22 junio 2011]

Consideramos que la designación de los jueces es hecha por el poder judicial por cuanto este Consejo de la Magistratura forma parte de esta rama del Estado de Paraguay, no obstante que participen los otros poderes del estado en la designación de algunos de sus miembros.

Respecto a los requisitos exigidos para integrar estas magistraturas, el artículo 191 de Código de Organización Judicial prescribe que se requerirá:

a) para ser Miembro de los Tribunales de Apelación y Tribunal de Cuentas: edad mínima de 30 años, título de abogado otorgado por una Universidad Nacional o el equivalente de una Universidad extranjera, debidamente revalidado, y haber ejercido la profesión de abogado o una magistratura por el término de cinco años ;

b) para ser Juez de Primera Instancia: título de abogado, edad mínima de 25 años y haber ejercido la profesión de abogado o una magistratura por el término de tres años;

c) para ser Juez de Paz Letrado, Juez de Instrucción y Miembro del Ministerio de la Defensa Pública: edad mínima de 22 años y título de abogado; y,

d) para ser Juez de Paz: edad mínima de 22 años e idoneidad. Además de estos requisitos, para el nombramiento en la magistratura judicial, será necesario reconocida honorabilidad y nacionalidad paraguaya.

h. Aplicación en Panamá.

El Código Judicial de Panamá consagra este sistema para la elección de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial en su artículo 119 al establecer que serán elegidos por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con las normas de la Ley sobre Carrera Judicial.

De acuerdo al artículo 121 del mismo Código, para ser Magistrado de los Tribunales Superiores de Justicia se requiere ser panameño, haber cumplido treinta años de edad; estar en pleno goce de los derechos civiles y políticos; ser graduado en Derecho y tener diploma debidamente inscrito en el Ministerio de Educación o en

la oficina que la ley señale para este efecto, y haber ejercido la profesión de abogado durante cinco años por los menos, o desempeñado por igual lapso, los cargos de Juez de Circuito, Fiscal de Circuito o de Fiscal del Tribunal Superior, Secretario General de la Corte Suprema de Justicia o de alguna de sus Salas, de la Procuraduría General o de la Administración, de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, del Tribunal Superior de Trabajo o haber enseñado Derecho en la Universidad de Panamá por igual lapso, o en cualquier otra universidad reconocida por el Estado.

También se consideran idóneos para desempeñar estos cargos los que, teniendo certificado de idoneidad para ejercer la abogacía en toda la República, hayan servido los cargos de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o de los Tribunales Superiores de Justicia, o de Fiscal de Distrito Judicial, o de Juez de Circuito o de Fiscal de Circuito durante cuatro años por lo menos, siempre que reúnan los otros requisitos.

Para la designación de los Jueces de Circuito también recibe aplicación este sistema, toda vez que son nombrados por los Tribunales Superiores, en Sala de Acuerdo integrada por el pleno. Así lo indica el numerando 5º del artículo 129 de Código Judicial.

Los requisitos para ser Juez de Circuito están establecidos en el artículo 152 del mismo Código y son los siguientes: ser panameño, haber cumplido treinta años de edad; estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos; tener diploma de Derecho debidamente inscrito en el Ministerio de Educación o en la oficina que la ley señale para este efecto; y poseer certificado de idoneidad expedido por la Corte Suprema de Justicia para el ejercicio de la abogacía. Se requiere, además, haber ejercido la profesión de abogado durante tres años por lo menos o haber desempeñado por igual lapso un cargo público para el cual la ley exige tener diploma en Derecho y certificado de idoneidad para el ejercicio de la profesión de abogado.

Por último, señalemos que los Jueces Municipales son nombrados por los Jueces de Circuito del ramo respectivo, en Sala de Acuerdo, en aquellas provincias en donde los designantes que integran la Sala del ramo sean dos o más. En las otras provincias, cuando en ambos o en uno de los ramos haya solamente un Juez de Circuito, el nombramiento de los Jueces Municipales será hecho por aquéllos en forma conjunta, también en Sala de Acuerdo. (Código Judicial, art. 168).

Y que para ser Juez Municipal en todos los distritos de la República, se requiere ser panameño por nacimiento, o por adopción con más de cinco años de residencia continua en el país; ser mayor de veinticinco años de edad; estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos; ser graduado en Derecho y tener certificado de idoneidad expedido por la Corte Suprema de Justicia y haber ejercido la profesión de abogado por más de tres años o un cargo público para el cual se requiera poseer diploma de Derecho y certificado de idoneidad para el ejercicio de la profesión de abogado (código Judicial, art. 169).

i. Aplicación en Costa Rica.

La Ley Orgánica del Poder Judicial establece, en su artículo 76, al Consejo de la Judicatura como el órgano de Poder Judicial encargado de la administración de la carrera judicial. Esta institución tiene, entre otras atribuciones, la misión de nombrar a los jueces propietarios e interinos de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Carrera judicial (LOPJ, art. 78).

El Consejo de la Judicatura está integrado por un Magistrado del Tribunal Supremo, el Director de la Escuela Judicial y tres jueces de carrera, electos en forma directa por los jueces propietarios (LOPJ, art. 77).

Los requisitos para ser miembro de un tribunal colegiado, de acuerdo al artículo 134 de la LOPJ, en Costa Rica son:

1. Ser costarricense en ejercicio de los derechos ciudadanos;

2. Tener al menos treinta años de edad;
3. Poseer el título de abogado legalmente reconocido en Costa Rica, y haber ejercido esta profesión durante seis años, salvo en los casos en que se trate de funcionarios judiciales, con práctica judicial de tres años como mínimo;
4. Ser especialista en la materia de que se trate, cuando la ley así lo establezca.

j. Aplicación en República Dominicana.

La Suprema Corte de Justicia tiene entre sus atribuciones, señaladas en el artículo 154 de la Constitución, la de designar a los jueces de las Cortes de Apelación o sus equivalentes, de los Juzgados de Primera Instancia o sus equivalentes, los jueces de la instrucción, los jueces de paz y sus suplentes, y los jueces de cualesquier otros tribunales del Poder Judicial creados por la Constitución y las leyes. De la misma manera, el artículo 4º de la Ley de Carrera Judicial establece que la Corte Suprema es el órgano de máxima autoridad dentro de la rama judicial del Estado y designará a todos los jueces del sistema judicial, salvo las excepciones del artículo 2 de la ley (funcionarios que de acuerdo a la Constitución, su nombramiento corresponda a otro Poder del Estado y los jueces de jurisdicciones militar y policial), y tendrá a su cargo la dirección del sistema de carrera judicial.

El artículo 11 de la Ley de Carrera Judicial indica que para ingresar a la carrera judicial se requiere ser dominicano de nacimiento u origen, o por naturalización, con más de diez años de haberla obtenido, estar en el ejercicio de los derechos civiles y políticos, ser licenciado o doctor en Derecho, someterse a concurso de oposición, tener por lo menos dos años de haber obtenido el exequátur y no haber sido condenado a pena aflictiva o infamante.

Los abogados de reconocida competencia de un ejercicio profesional de más de diez años, los profesores universitarios de alta calificación académica, autores de aportes a la bibliografía jurídica y aquellos que hayan prestado servicio en la

judicatura con eficiencia y rectitud, por más de cinco años, podrán ingresar a la carrera judicial en la categoría que determine la Suprema Corte de Justicia.

Para ingresar a la carrera judicial será requisito haber aprobado los programas de capacitación teórica y práctica que dicte la Escuela Nacional de la Magistratura, salvo en los casos previstos en el párrafo anterior y lo referente a los jueces de la Suprema Corte de Justicia.

Los requisitos para ser juez de Corte de Apelación son los dispuestos en el artículo 158 de la Constitución:

- 1) Ser dominicano o dominicana;
- 2) Hallarse en el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos;
- 3) Ser licenciado o doctor en Derecho;
- 4) Pertenecer a la carrera judicial y haberse desempeñado como juez de Primera Instancia durante el tiempo que determine la ley.

Para ser juez de primera instancia se requiere (Constitución, art. 161):

- 1) Ser dominicano o dominicana;
- 2) Hallarse en el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos;
- 3) Ser licenciado o doctor en Derecho;
- 4) Pertenecer a la carrera judicial y haberse desempeñado como Juez de Paz durante el tiempo que determine la ley.

Además, el artículo 13 de la Ley de Carrera Judicial agrega que se requiere haber egresado de la Escuela Nacional de la Judicatura.

Por último, el artículo 163 de la Constitución señala que para ser juez de paz se requiere:

- 1) Ser dominicano o dominicana;
- 2) Hallarse en el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos;
- 3) Ser licenciado o doctor en Derecho.

CAPITULO V

DESIGNACIÓN HECHA EN BASE A SISTEMAS MIXTOS.

Atendiendo a las desventajas que presentan los sistemas analizados anteriormente, es que muchos de los Estados Modernos han optado por una combinación entre los métodos señalados. Instaurándose así, mecanismos en los cuales los poderes del estado se combinan para proceder a llenar los cargos judiciales, de modo que se aprovechen las ventajas de todos los sistemas y se genere contrapeso entre cada uno de los Poderes del Estado, evitando que se produzcan abusos en los nombramientos.

Juan Emilio Bianchi³⁴ señaló que “estos sistemas combinados o mixtos tienen la ventaja de impedir que se reúna en un solo organismo o poder público, el máximo de atribuciones para interferir e intervenir en la composición de otro poder público, como es el judicial. Se obliga así a que por fuerza deban los miembros de un poder entrar en contacto con los de otro poder, contactos altamente ventajosos para la buena marcha de las actividades públicas, ya que así el país se libera de la verdadera tiranía que significa que una sola persona o un solo organismo reúna en sus manos un conjunto de facultades que puede llegar a ser nefasta para la colectividad”.

Estudiemos, en adelante, la aplicación de este sistema de designación de jueces en la actualidad:

a. Aplicación en Chile.

³⁴ BIANCHI Astaburuaga, Juan Emilio. Del nombramiento de los jueces. Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho. 1961. 36p.

Chile adopta uno de estos sistemas para designar a los Ministros de la Corte Suprema, de acuerdo a la regulación de la materia que se hace en el artículo 78 de la Constitución Política, según el cual intervienen el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo, y también el Senado.

Dispone este artículo que “los Ministros y los Fiscales judiciales de la Corte Suprema serán nombrados por el Presidente de la República, eligiéndolos de una nómina de cinco personas que, en cada caso, propondrá la misma Corte, y con acuerdo del Senado. Éste adoptará los respectivos acuerdos por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto. Si el Senado no aprobare la proposición del Presidente de la República, la Corte Suprema deberá completar la quina proponiendo un nuevo nombre en sustitución del rechazado, repitiéndose el procedimiento hasta que se apruebe el nombramiento”.

El Código Orgánico de Tribunales en su artículo 254 señala los requisitos para ser ministro de la Corte Suprema:

1. Ser chileno;
2. Tener el título de abogado;
3. Cumplir, tratándose de miembros del Escalafón Primario, con los requisitos que establece el artículo 283, y
4. Haber ejercido, tratándose de abogados ajenos al Poder Judicial, por a lo menos quince años la profesión de abogado, sin perjuicio de cumplir con los requisitos señalados en los números 1 y 2. En caso de tratarse de abogados que se hubieren retirado del Poder Judicial, deberán haberlo hecho voluntariamente y con calificaciones para ser considerado en lista de méritos.

Volviendo al artículo 78 de la Constitución, éste prescribe también que “los Ministros y Fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones serán designados por el Presidente de la República, a propuesta en terna de la Corte Suprema”.

Los requisitos que el artículo 253 del COT exige para ocupar estos cargos son:

1. Ser chileno;
2. Tener el título de abogado, y
3. Cumplir, tratándose de miembros del Escalafón Primario, con los requisitos que se establecen en la letra a) del artículo 284, y haber aprobado el programa de perfeccionamiento profesional para ser ministro de Corte de Apelaciones. En ningún caso podrá ser ministro de Corte de Apelaciones quien no haya desempeñado, efectiva y continuadamente, la función de juez letrado, por un año a lo menos. Lo anterior es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 280.

Por último, el artículo 78 de la Constitución señala que “los jueces letrados serán designados por el Presidente de la República, a propuesta en terna de la Corte de Apelaciones de la jurisdicción respectiva”.

Para ser juez de letras se requiere (COT, art. 252):

1. Ser chileno;
2. Tener el título de abogado, y
3. Haber cumplido satisfactoriamente el programa de formación para postulantes al Escalafón Primario del Poder Judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 284 bis.

Tratándose de abogados ajenos a la Administración de Justicia que postulen directamente al cargo de juez de letras de comuna o agrupación de comunas, se requerirá que, además de los requisitos establecidos precedentemente, hayan ejercido la profesión de abogado por un año, a lo menos.

Para ser juez de letras de capital de provincia o de asiento de Corte de Apelaciones se requerirá, además, reunir los requisitos que se establecen en la letra b) del artículo 284.

El COT, en su artículo 256 señala que no pueden ser jueces en Chile:

1. Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia o prodigalidad;
2. Los sordos;
3. Los mudos;
4. Los ciegos;
5. Los que se hallaren procesados por crimen o simple delito;
6. Los que hubieren sido condenados por crimen o simple delito.

Esta incapacidad no comprende a los condenados por delito contra la seguridad interior del Estado;

7. Los fallidos, a menos que hayan sido rehabilitados en conformidad a la ley,
y
8. Los que hayan recibido órdenes eclesiásticas mayores.

Los artículos 257 a 261 establecen otras incompatibilidades respecto a determinadas personas.

En Chile los jueces no pueden pertenecer a partidos políticos. En todo caso no es el Código Orgánico de Tribunales quien prohíbe la inscripción de estos, sino la Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos (art. 18 ley nº 18.603).

La prohibición de pertenencia a partidos políticos no debe perseguir un modelo de juez apolítico, que no existe en la realidad social y que tampoco es sano que exista, sino que debe buscar evitar los condicionamientos para el ejercicio de la función jurisdiccional derivados de la relación contraída por el magistrado con el partido.³⁵

Respecto al nombramiento de jueces de los tribunales que no forman parte del poder judicial, Bodalí Salamanca³⁶ nos entrega en siguiente resumen:

³⁵ BORDALÍ, Andrés. Análisis crítico de la función e independencia judicial en el Derecho chileno. En: COUSO, Javier y ATRIA, Fernando, editores. La judicatura como organización. Santiago, Chile. Expansiva. 2007.

³⁶BORDALI Salamanca, Andrés. Organización judicial en el derecho chileno: un poder fragmentado. Revista chilena del derecho. 36 (2). 2009. 226-227p.

“En relación a los integrantes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, del DL 211, veremos que uno de ellos debe ser abogado y lo designará el Presidente de la República de una quina que por concurso público deberá efectuar la Corte Suprema. El resto de los integrantes (cuatro profesionales no abogados) serán designados por el Banco Central vía concurso público (dos de ellos) o bien por el Presidente de la República a propuesta del Banco Central (los otros dos).

Los miembros de los Tribunales Tributarios y Aduaneros serán nombrados por el Presidente de la República de una terna efectuada por la Corte de Apelaciones de Santiago de unos miembros que figuran en una lista realizada por el Consejo de Alta Dirección Pública, órgano que el Tribunal Constitucional lo ha definido como servicio público descentralizado que integra la Administración del Estado.

Los miembros del Tribunal de la Contratación Pública serán designados por el Presidente de la República de una terna propuesta por la Corte Suprema que a su vez recibirá una lista del concurso público que al efecto llevará a cabo la Corte de Apelaciones de Santiago.

Los jueces de Policía Local son designados por la Municipalidad respectiva de una terna propuesta por la Corte de Apelaciones en concurso público de antecedentes.

Los miembros del Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos son designados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia previo concurso público de antecedentes. El Ministro de Economía dicta una resolución donde formaliza el nombramiento.”

b. Aplicación en Uruguay.

Se aplican el sistema mixto de nombramiento para la designación de los miembros de los Tribunales de Apelaciones.

La Constitución, en su artículo 239(4°, señala que estos jueces serán nombrados por la Corte Suprema con aprobación de la Cámara de Senadores, o en

su receso con la de la Comisión Permanente, ciñendo su designación a los siguientes requisitos: a) al voto conforme de tres de sus miembros, para candidatos que pertenezcan a la Judicatura o al Ministerio Público, y b) al voto conforme de cuatro, para candidatos que no tengan estas calidades.

Los requisitos exigidos por el art. 242 de la Constitución, para ser miembro de estos tribunales son:

1. Tener cumplidos treinta y cinco años de edad
2. Ciudadanía natural en ejercicio, o legal con siete años de ejercicio; y
3. Ser abogado con ocho años de antigüedad o haber ejercido con esa calidad la Judicatura o el Ministerio Público o Fiscal por espacio de seis años.

Los miembros de los Tribunales de Apelaciones durarán en sus cargos por todo el tiempo de su buen comportamiento hasta el límite de los setenta años de edad, dispuesto por el artículo 250 de la Constitución (Const., art. 243).

Hemos visto que la legislación uruguaya adopta distintos sistemas de nombramiento de jueces para cada una de sus categorías de tribunales, siendo elegidos los miembros de la Suprema Corte por el Poder Legislativo; los de los Tribunales de Apelación por la Corte Suprema con acuerdo del Senado; y por último, los Jueces de Letras y Jueces de Paz son designados por la Corte Suprema.

Señalemos también que a los jueces, y a todo el personal de empleados pertenecientes a los despachos y oficinas internas de la Suprema Corte, Tribunales y Juzgados, les está prohibido, bajo pena inmediata de destitución, dirigir, defender o tramitar asuntos judiciales, o intervenir, fuera de su obligación personal, de cualquier modo en ellos, aunque sean de jurisdicción voluntaria. La norma habla de destitución porque refiere, más específicamente a los “jueces y personal”. Sin embargo se aplica a los miembros de la Corte, previo el ante juicio político.

La transgresión de las prohibiciones debe ser declarada de oficio en cuanto se manifieste. Cesa la misma, únicamente cuando se trate de asuntos personales del funcionario o de su cónyuge, hijos y ascendientes.³⁷

Además de lo anterior, en general, los cargos de la judicatura son incompatibles con toda otra función pública retribuida, salvo el ejercicio del profesorado en la Enseñanza Pública Superior en materia jurídica, y con toda otra función pública honoraria permanente, excepto aquellas especialmente conexas con la judicial. La norma se aplica a los miembros de la Corte ante juicio político.³⁸

c. Aplicación en Colombia.

La Constitución colombiana consagra un sistema mixto de designación para el nombramiento de los Magistrados de la Corte Constitucional, en su artículo 239. Dicha norma establece que: “los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado”. Vemos que tienen influencia en el nombramiento de estos jueces, todas las ramas del Estado Colombiano.

Para ser magistrado de la Corte Constitucional, el artículo 232 de la Carta Magna Colombiana exige:

1. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.
2. Ser abogado.
3. No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.
4. Haber desempeñado, durante diez años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la

³⁷FLORES Dapkevicius, Rubén. Manual de Derecho Público. Uruguay. La Ley. 2010. 102p.

³⁸FLORES Dapkevicius, Rubén. Manual de Derecho Público. Uruguay. La Ley. 2010. 103p.

profesión de abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente.

d. Aplicación en México.

En este país se opta por un sistema mixto para designar a los ministros de la Suprema Corte de Justicia, según lo ordenado en el artículo 96 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, este precepto señala que, “para nombrar a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Presidente de la República someterá una terna a consideración del Senado, el cual, previa comparecencia de las personas propuestas, designará al Ministro que deba cubrir la vacante. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si el Senado no resolviere dentro de dicho plazo, ocupará el cargo de Ministro la persona que, dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República.

En caso de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la terna propuesta, el Presidente de la República someterá una nueva, en los términos del párrafo anterior. Si esta segunda terna fuere rechazada, ocupará el cargo la persona que dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República.

Los requisitos que el artículo 95 de la Constitución exige para ser electo Ministro de la Suprema Corte de Justicia son:

1. Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles.
2. Tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación;
3. Poseer el día de la designación, con antigüedad mínima de diez años, título profesional de licenciado en derecho, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello;

4. Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratase de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza y otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena.

5. Haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación; y

6. No haber sido secretario de estado, jefe de departamento administrativo, Procurador General de la República o de Justicia del Distrito Federal, senador, diputado federal ni gobernador de algún Estado o Jefe del Distrito Federal, durante el año previo al día de su nombramiento.

e. Aplicación en Italia.

Para el nombramiento de los jueces del Tribunal Constitucional, se aplica un sistema mixto en razón de que sus quince miembros son nombrados de acuerdo a la siguiente manera indicada en el artículo 135 de la Constitución Italiana: cinco nombrados por el Presidente de la República, otros cinco por el Parlamento en cesión conjunta y los cinco restantes por las supremas magistraturas ordinaria y administrativa.

f. Aplicación en Brasil.

“Los Ministros del Superior Tribunal de Justicia serán nombrados por el Presidente de la República, entre brasileños con más de treinta y cinco y menos de sesenta y cinco años, de notable saber jurídico y reputación intachable, después de aprobada la selección por el Senado”, así lo dispone el artículo 104 de la Constitución Brasileña.

Situación similar se produce respecto del Tribunal Superior del Trabajo, el que de acuerdo a la Constitución Brasileña se compone de veintisiete Ministros, escogidos entrebrasileños con más de treinta y cinco y menos de sesenta y cinco años, nombrados por el Presidente de la República después de la aprobación por el Senado Federal (Constitución, art. 111, 1º).

g. Aplicación en Panamá

Los nueve Magistrados de la Corte Suprema de Panamá son nombrados mediante acuerdo del Consejo de Gabinete, con sujeción a la aprobación del Órgano Legislativo, para un periodo de diez años. Según lo dispone el artículo 203 de la Constitución.

Para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 204 de la Constitución exige:

1. Ser panameño por nacimiento;
2. Haber cumplido treinta y cinco años de edad;
3. Hallarse en pleno goce de los derechos civiles y políticos;
4. Ser graduado en Derecho y haber inscrito el título universitario en la oficina que la Ley señale;
5. Haber completado un periodo de diez años durante el cual haya ejercido indistintamente la profesión de abogado, cualquier cargo del Órgano Judicial, del Ministerio Público, del Tribunal Electoral o de la Defensoría del Pueblo que requiera título universitario en Derecho, o haber sido profesor de Derecho en un establecimiento de enseñanza universitaria.

Además de lo anterior, el artículo 203 de la Carta Magna señala que no podrá ser nombrado Magistrado de la Corte Suprema de Justicia:

1. Quien esté ejerciendo o haya ejercido el cargo de Diputado de la República o suplente de Diputado durante el periodo constitucional en curso.

2. Quien esté ejerciendo o haya ejercido cargos de mando y jurisdicción en el Órgano Ejecutivo durante el periodo constitucional en curso.

h. Aplicación en Japón.

El artículo 80 de la Constitución japonesa dispone que “los jueces de los tribunales inferiores serán nombrados por el Gabinete de acuerdo con las listas de las personas designadas por la Corte Suprema. Estos jueces permanecerán en sus puestos por un plazo de diez años y podrán ser reelegidos, pero deberán retirarse cuando alcancen el límite de edad fijado por la ley”. Siendo el Gabinete la institución del poder ejecutivo japonés. Participan entonces, el poder ejecutivo y el poder judicial en el nombramiento de los jueces de estos tribunales.

i. Aplicación en Puerto Rico.

El artículo V sección 8 de la Constitución del Estado de Puerto Rico dispone que los jueces del Tribunal Supremo son nombrados por el Gobernador con el consejo y consentimiento del Senado.

Para ser nombrado juez del Tribunal Supremo, la sección 9 del artículo V de la Constitución exige ser ciudadano de los Estados Unidos y de Puerto Rico, haber sido admitido al ejercicio de la profesión de abogado en Puerto Rico por lo menos diez años antes del nombramiento y haber residido en Puerto Rico durante los cinco años inmediatamente anteriores al mismo.

Respecto de los Jueces de los Tribunales de Apelación, la Ley de la Judicatura, en su artículo 4.003, consagra la misma regla de nombramiento (Gobernador con consejo y consentimiento del Senado) y se exige que los designados tengan diez años de experiencia profesional posterior a su admisión al ejercicio de la abogacía en Puerto Rico.

Los Jueces Superiores y los Jueces Municipales componen los Tribunales de Primera Instancia del Poder Judicial de Puerto Rico, también los nombra el Gobernador con consejo y consentimiento del Senado, de acuerdo a lo señalado en el artículo 5.002 de la Ley de la Judicatura.

Varían los requisitos para su nombramiento, toda vez que los Jueces Superiores deberán tener siete años de experiencia profesional posterior a su admisión al ejercicio de la abogacía en Puerto Rico y serán nombrados y desempeñarán su cargo por el término de doce años.

Mientras los Jueces Municipales deberán tener tres años de experiencia profesional posterior a su admisión al ejercicio de la abogacía en Puerto Rico y serán nombrados y desempeñarán su cargo por el término de doce años. Todo de acuerdo a lo prescrito en el artículo 5.002 de la Ley mencionada.

Además de cualquier otro requisito, la Ley de la Judicatura ordena que los nombramientos de los jueces deben recaer en personas altamente calificadas, quienes deberán gozar de buena reputación moral, tener conocimiento y capacidad jurídica, poseer cualidades de integridad, imparcialidad y temperamento judicial; demostrar responsabilidad y habilidad para ejercer las funciones judiciales (Ley de la Judicatura, art. 2.015).

j. Aplicación en Argentina.

Los magistrados de la Corte Suprema de Argentina son nombrados por el Presidente de la Nación con acuerdo de los dos tercios de los miembros presentes del Senado, en sesión pública convocada al efecto. Lo anterior se consagra entre las atribuciones del Presidente de la Nación, señaladas en el artículo 99 N°4 de la Constitución de la Nación.

La reforma constitucional de 1994 deja establecido que los integrantes de la Corte Suprema serán los únicos magistrados que se nombran exclusivamente por los poderes políticos y sin la intervención del Consejo de la Magistratura. También determina una mayoría agravada para el acuerdo que debe prestar el Senado, que debe obligatoriamente ser discutido en sesión pública. O sea, los miembros de la Corte se designan por el Ejecutivo, con acuerdo del Senado, en sesión pública y por mayoría de los dos tercios presente (art. 99, inc. 4º).³⁹

Para ser miembro de la Corte Suprema, el artículo 111 de la Constitución exige ser abogado de la Nación con ocho años de ejercicio, y tener las calidades requeridas para ser Senador, los cuales son: tener treinta años de edad, haber sido seis años ciudadano de la Nación y disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una entrada equivalente (Constitución de la Nación, art. 55).

Respecto de los tribunales federales inferiores, los magistrados se nombran por el Presidente en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos. Así lo establece el artículo 99 N° 4 de la Constitución.

Este Consejo de la Magistratura es un órgano permanente del Poder Judicial al cual la Constitución Argentina (art. 14) encarga la potestad de seleccionar a los magistrados que integrarán el Poder Judicial (con excepción de los miembros de la Corte Suprema, como ya vimos) y la administración del Poder Judicial.

No obstante ser un órgano del Poder Judicial, en la composición del Consejo de la Magistratura intervienen los otros poderes del Estado, ya que de acuerdo al artículo 2º de la Ley del Consejo de la Magistratura, éste está integrado por trece miembros: tres jueces del Poder Judicial de la Nación; seis legisladores; dos

³⁹ BIDEGAIN, Carlos. Curso de Derecho Constitucional, 317p, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1996. Citado en: FLORES Dapkevicius, Rubén. Manual de Derecho Público. Uruguay. La Ley. 2010. 118p.

representantes de los abogados de la matrícula federal; un representante del Poder Ejecutivo; y un representante del ámbito académico y científico.

Entre las funciones del Consejo de la Magistratura están la de organizar el funcionamiento de la Escuela Judicial, dictar su reglamento y aprobar sus programas de estudio. Además, es de su competencia llamar a concurso público de oposición y antecedentes para cubrir las vacantes de magistrados judiciales, sustanciar los concursos, designar jurados, evaluar antecedentes de aspirantes y confeccionar las propuestas de ternas elevándolas al plenario del Consejo remitirá al Ejecutivo. Todo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley del Consejo de la Magistratura.

La Nación Argentina adopta un sistema de gobierno federal, por lo que cada una de las provincias posee su propia organización judicial aplicable a los asuntos que son de competencia provincial. Revisaremos a continuación la legislación que regula esta materia en las provincias más importantes de Argentina.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires al regular el sistema de designación de jueces, adopta la misma regla que la Constitución de la nación, toda vez que los jueces de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires son designados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, otorgado en sesión pública por mayoría absoluta de sus miembros. Los demás jueces son designados por el Poder Ejecutivo, de una terna vinculante propuesta por el Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado otorgado en sesión pública. Aclaremos que el Ejecutivo en este caso corresponde el Gobernador de la Provincia. Así lo dispone el artículo 175 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

La Constitución de la Provincia de Córdoba, en su artículo 144 N°9, también establece un sistema mixto, encargándole al Gobernador la facultad de designar, con previo acuerdo del Senado, a los miembros de tribunal Superior de Justicia y de los demás tribunales inferiores.

El artículo 158 de esta Constitución ordena que para ser miembro del Tribunal Superior de Justicia se requiere tener doce años de ejercicio de la abogacía o de la magistratura, para Vocal de Cámara ocho, para Juez seis y para Asesor Letrado cuatro. En todos los casos, ciudadanía en ejercicio, treinta años de edad para los miembros del Tribunal Superior de Justicia y veinticinco para los restantes.

En la Provincia de Santa Fe, el artículo 86 de la Constitución prescribe que los miembros de la Corte Suprema de Justicia, los vocales de las cámaras de apelación y los jueces de primera instancia son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Asamblea Legislativa.

Por su parte, el artículo 85 de la misma norma establece que para ser miembro de la Corte Suprema de Justicia, vocal o fiscal de las cámaras de apelación se requiere ser ciudadano argentino, poseer título de abogado y tener, por lo menos, treinta años de edad, diez de ejercicio de la profesión de abogado o de la magistratura y dos años de residencia inmediata en la Provincia si no hubiere nacido en ésta.

Para ser juez de primera instancia se requiere ser ciudadano argentino, poseer título de abogado y tener, por lo menos veinticinco años de edad, cuatro de ejercicio de la profesión o de la función judicial como magistrado o funcionario y dos años de residencia inmediata en la Provincia si no hubiere nacido en ésta.

Sigue la misma regla la Constitución de Mendoza al señalar, en su artículo 150, que los miembros de la suprema corte de justicia y su procurador general, serán nombrados por el poder ejecutivo con el acuerdo del senado. Los jueces de los tribunales inferiores y los representantes del Ministerio Público, serán propuestos por el consejo de la magistratura al poder ejecutivo y designados por este con acuerdo del Senado.

El artículo 152 de esta Constitución indica que para ser miembro de la Suprema Corte y procurador de ella se requiere:

1. Haber nacido en territorio argentino o ser hijos de padres nativos, habiendo optado por la ciudadanía de sus padres, si hubiere nacido en territorio extranjero.
2. Haber cumplido 30 años de edad y no tener más de 70.
3. Ser abogado con título de universidad nacional y con 10 años de ejercicio de la profesión u 8 de magistratura.

Mientras para ser miembro de las Cámaras de apelaciones, de los tribunales colegiados de única instancia y fiscal de ellos, de acuerdo al art. 153, se requiere:

1. Ciudadanía en ejercicio.
2. Haber cumplido 28 años y no tener más de 65.
3. Ser abogado con título universitario de facultad nacional, con 8 años de ejercicio en la profesión o 5 en la magistratura, habiendo ejercido la profesión durante 5 años o algún cargo en la magistratura durante 2 años, para el que se requiera la calidad de abogado.

Por último, el artículo 154 de la Constitución establece que para ser juez letrado en primera instancia, se requiere:

1. Ciudadanía en ejercicio.
2. Tener más de 25 años y menos de 70.
3. Ser abogado con título universitario de facultad nacional, habiendo ejercido la profesión durante 5 años o algún cargo en la magistratura durante 2 años, para el que se requiere la calidad de abogado.

k. Aplicación en Estados Unidos.

La Constitución de Estados Unidos consagra este sistema para el nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo, por cuanto su designación es facultad del Presidente, quien necesitará, para estos efectos, del “consejo y consentimiento” del Senado. Se requiere mayoría simple en el Senado para la aprobación del nombramiento.

En la práctica, cuando se abre una vacante, el Presidente nombra a una persona que comparta su tendencia política, pero siempre considerando que debe ser alguien aceptado por liberales y conservadores.

Podemos destacar que, hasta la fecha, sólo doce nominados han sido explícitamente rechazados por el Senado.

La Constitución no exige requisitos determinados que deban cumplirse para ser nombrado magistrado del Tribunal Supremo, lo que no obsta a que siempre se haya nombrado a personas de dilatada experiencia judicial.

El Reporte sobre la Justicia en las Américas del CEJA⁴⁰ sintetiza el sistema estadounidense en los siguientes términos:

“La US SupremeCourt está integrada por nueve miembros vitalicios designados por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado. El presidente es llamado ChiefJustice y además de sus funciones jurisdiccionales tiene deberes administrativos relacionados a la Corte Suprema y al sistema de cortes federales a nivel nacional. Los otros ocho miembros de la US SupremeCourt reciben el nombre de AssociateJustices.

Las Court of Appeals son cortes intermedias, inferiores a la US SupremeCourt, pero superiores a las DistrictCourts. Su composición varía de seis a 28 jueces, sumando un total de 179 a nivel nacional, de las cuales, al 1 de marzo de 2007 se encontraban activos 164. Al igual que la US SupremeCourt, los jueces son designados por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado y tienen carácter vitalicio.

Las DistrictCourt son cortes federales con mayores competencias para conocer los casos criminales y civiles. El nombramiento y período de estos jueces es similar a los de la US SupremeCourt y Courts of Appeals.”

⁴⁰ Reporte sobre la justicia en las Américas 2006-2007. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. Santiago, Chile. CEJA. 2007. 250-251p.

I. Aplicación en Paraguay.

En Paraguay se aplica un sistema mixto de nombramiento para designar a los miembros de la Corte Suprema, así lo establece el artículo 264 de la Constitución paraguaya al mencionar como una de las atribuciones del Consejo de la Magistratura, señalando que deberá proponer las ternas de candidatos para integrar la Corte Suprema de Justicia, previa selección basada en la idoneidad, con consideración de méritos y aptitudes, y elevarlas a la Cámara de Senadores para que los designe, con acuerdo del Poder Ejecutivo.

Son requisitos para integrar la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo al artículo 258 de la Constitución: tener nacionalidad paraguaya natural; haber cumplido treinta y cinco años, poseer título universitario de Doctor en Derecho y gozar de notoria honorabilidad. Además, haber ejercido efectivamente durante el término de diez años, cuanto menos, la profesión, la magistratura judicial o la cátedra universitaria en materia jurídica, conjunta, separada o sucesivamente.

m. Aplicación en República Dominicana.

La designación de los jueces de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal Constitucional es realizada por el Consejo Nacional de la Magistratura, así lo dispone el artículo 179 de la Constitución Dominicana. Si bien este tipo de instituciones generalmente hemos dicho que forman parte del Poder Judicial, para la realidad dominicana consideramos que se trata de un sistema de designación en el cual participan todos los Poderes del Estado, básicamente por la manera en que está integrado este Consejo, como lo veremos a continuación.

El artículo 178 de la Constitución establece que el Consejo Nacional de la Magistratura estará integrado por:

- 1) El Presidente de la República, quien lo presidirá y, en su ausencia, por el Vicepresidente de la República;
- 2) El Presidente del Senado;
- 3) Un senador o senadora escogido por el Senado que pertenezca al partido o bloque de partidos diferentes al del Presidente del Senado y que ostente la representación de la segunda mayoría;
- 4) El Presidente de la Cámara de Diputados;
- 5) Un diputado o diputada escogido por la Cámara de Diputados que pertenezca al partido o bloque de partidos diferentes al del Presidente de la Cámara de Diputados y que ostente la representación de la segunda mayoría;
- 6) El Presidente de la Suprema Corte de Justicia;
- 7) Un magistrado o magistrada de la Suprema Corte de Justicia escogido por ella misma, quien fungirá de secretario;
- 8) El Procurador General de la República.

Vemos entonces que la composición del Consejo integra activamente a todos los Poderes del Estado. De lo anterior, concluimos que la elección de los jueces señalados en el artículo 179 de esta Constitución corresponde un sistema mixto.

El Consejo Nacional de la Magistratura al conformar la Suprema Corte de Justicia deberá seleccionar las tres cuartas partes de sus miembros de jueces que pertenezcan al sistema de carrera judicial, y la cuarta parte restante los escogerá de profesionales del derecho, académicos o miembros del Ministerio Público (Constitución, art. 180).

El artículo 153 de la Constitución establece los requisitos para ser juez de la Suprema Corte de Justicia:

- 1) Ser dominicana o dominicano de nacimiento u origen y tener más de treinta y cinco años de edad;
- 2) Hallarse en pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos;
- 3) Ser licenciado o doctor en Derecho;

4) Haber ejercido durante por lo menos doce años la profesión de abogado, la docencia universitaria del derecho o haber desempeñado, por igual tiempo, las funciones de juez dentro del Poder Judicial o de representante del Ministerio Público. Estos períodos podrán acumularse.

Para ser juez del Tribunal Constitucional se requieren las mismas condiciones exigidas para los jueces de la Suprema Corte de Justicia (Constitución, art. 187).

n. Aplicación en Alemania.

El artículo 95 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania establece que los jueces de la Corte Suprema Federal son elegidos conjuntamente por el Ministro Federal de Justicia y un comité para la selección de jueces compuesto por los ministros de justicia de los Lander (estados) y un número igual de miembros elegidos por el Bundestag (Cámara de Diputados de la República Federal). Participan, entonces, los poderes Ejecutivo y Legislativo en el nombramiento de estos magistrados.

o. Aplicación en Portugal.

La Constitución portuguesa en su artículo 217 dispone que el nombramiento, destino, traslado y promoción de los jueces y el ejercicio de la acción disciplinaria compete al Consejo Superior de la Magistratura en los términos que establezca la ley.

Siendo este Consejo un órgano formado por representantes de todos los poderes del estado portugués, hemos considerado al sistema portugués de nombramiento de jueces como uno mixto.

Esto es así, toda vez el artículo 218 constitucional señala que el Consejo Superior de la Magistratura es presidido por el Presidente del Supremo Tribunal de Justicia e integrado por 2 vocales designados por el Presidente de la República, 7 electos por la Asamblea de la República y 7 jueces electos por sus pares, en armonía con el principio de representación proporcional.

Se debe reafirmar que mientras el Consejo Superior de la Magistratura es el órgano superior de gestión y disciplina de la magistratura judicial, los tribunales tienen su independencia establecida constitucionalmente y son los órganos de soberanía competentes para administrar la justicia en nombre del pueblo.

Sin embargo, ambas instituciones persiguen un objetivo común, el de contribuir, cada una en su dominio de actuación, al desarrollo y al perfeccionamiento de las relaciones de convivencia social.⁴¹

⁴¹ COELHO Victor Augusto. Consejo superior de la magistratura Experiencia portuguesa. 78p. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/836/6.pdf>> [consulta: 03 octubre 2011]

CAPITULO VI

DESIGNACIÓN HECHA POR LAS PARTES DEL JUICIO. EL ARBITRAJE.

Existe la posibilidad de que sean las mismas partes enfrentadas en un litigio, las que nombren a la persona que realizará la labor de resolver la controversia. Si bien podría pensarse que esto va en contra de la función y obligación que tiene el Estado de conocer los conflictos jurídicos entre particulares que se promuevan dentro de su territorio, lo cierto es que este sistema de designación de jueces, presenta un gran desarrollo en la mayoría de las sociedades. Nos estamos refiriendo a la institución del Arbitraje.

Lo dijo Platón, en De Legibus (Libro 6 y 12) “los primeros jueces son aquellos que el demandante y el demandado hayan elegido, a quienes el nombre de árbitro conviene mejor que el de jueces, que el más sagrado de los tribunales sea aquel que las partes mismas hayan creado y elegido de común consentimiento”⁴².

La doctrina nos entrega varios conceptos de arbitraje, Aylwin Azócar, en su célebre memoria de título señala que el juicio arbitral es aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegido por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio; o por un tercero en determinadas ocasiones.⁴³ Adriana Pucci define al arbitraje como un instrumento jurídico en virtud del cual las partes, entre las cuales existe una controversia, deciden que la resolución de la misma no venga por la participación de los jueces estatales sino de la actuación de árbitros, quienes decidirán la pendencia

⁴² Citado por ROMERO SEQUEL, Alejandro. Nociones generales sobre la justicia arbitral. Revista chilena de derecho. vol. 26, no. 2 (abr./jun. 1999), p. 405.

⁴³ AYLWIN AZOCAR, Patricio. El juicio arbitral. Quinta edición. Santiago, Chile. Jurídica de Chile, 2005. 17p.

siguiendo la ley y el procedimiento elegido por éstas.⁴⁴ Por su parte, Roberto Bustillo conceptualiza el arbitraje como un equivalente jurisdiccional, un sistema heterocompositivo alternativo al proceso por el que las personas naturales o jurídicas pueden someter una controversia, previo convenio, a personas, órganos o entidades diferentes de las que integran el Poder Judicial, cuya decisión (laudo) está legalmente dotada de fuerza de cosa juzgada. El sometimiento de un conflicto a arbitraje supone excluir tal asunto del conocimiento de Jueces y Tribunales, que sólo extraordinariamente, por motivos tasados, podrán decidir sobre la validez o nulidad del laudo⁴⁵. Finalmente, González de Cossio señala como elementos esenciales del arbitraje 1) la existencia de una controversia; 2) cuya solución vendrá de un tercero que es un particular y no una autoridad; 3) que la decisión es final; y 4) que la decisión es vinculatoria.⁴⁶

El arbitraje, en la práctica, presenta numerosas ventajas respecto de los tribunales ordinarios, por lo que cada vez es aplicado con mayor frecuencia para la resolución de conflictos judiciales. Aylwin⁴⁷ señala sus siguientes beneficios:

1. Los procedimientos de los Tribunales del Estado son lentos y complicados, permiten que los juicios se alarguen con incidentes y dificultades, y casi siempre ocasionan severos gastos. El arbitraje proporciona a los particulares un medio rápido, sencillo y económico de terminar sus contiendas, evitando las dañosas consecuencias de un procedimiento judicial.

2. Los jueces del Estado no tienen siempre la competencia jurídica que las partes desean en la persona a cuyo fallo se someten, y carecen, por regla general, de conocimientos especiales de ciertas ciencias, artes o técnicas, que son necesarios para resolver muchos litigios. En el juicio arbitral pueden las partes elegir libremente, para jueces, a personas que tengan todos los conocimientos, así

⁴⁴ PUCCI, Adriana. Arbitraje en los países del Mercosur: Medio alternativo de solución de conflictos. Buenos Aires, Argentina. Ad-hoc. 1997. 33p.

⁴⁵ BUSTILLO BOLADO, Roberto. Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento. Navarra, España. Editorial Aranzadi. 2003. 349p.

⁴⁶ GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. Arbitraje. México. Editorial Porrúa, 2004. 19p.

⁴⁷ AYLWIN AZOCAR, Patricio. El juicio arbitral. Quinta edición. Santiago, Chile. Jurídica de Chile, 2005. 76-78p.

jurídicos como técnicos, para la mejor solución del litigio de que se trata. Se evita con esto la consulta a peritos, con economía de tiempo y dinero, y, lo que es más importante, se asegura la eficiencia del fallo.

3. El arbitraje, organizado profesionalmente, dentro de las asociaciones o gremios de comerciantes e industriales, mediante la creación de Cámaras Arbitrales que constituyan tribunales de carácter técnico y permanente, constituye el mejor medio de satisfacer las necesidades del comercio en el ámbito internacional, en que se exige una forma especial de justicia que asegure soluciones rápidas y prácticas, donde la equidad juegue un principal papel, y que allane los inconvenientes que ocasiona un litigio entre comerciantes de distintas naciones.

4. El arbitraje es un medio pacífico, conciliador y de buena fe para solucionar las contiendas entre los particulares.

5. El juicio arbitral está en armonía con los principios republicanos y democráticos, “pues designar un árbitro es elegir por sí mismo un juez”.

6. Las tendencias modernas son favorables al arbitraje en toda clase de materias tanto en asuntos comerciales y civiles como en Derecho Internacional y en Derecho Obrero, para la resolución de las contiendas entre los Estados y de los conflictos colectivos de trabajo.

Sin duda, el sistema de arbitraje no es perfecto, pero la posibilidad de elegir el juez, el menor tiempo involucrado para llegar a la solución del conflicto, la reducción del costo en casos de litigios complejos o de grandes montos involucrados, sumado a la aceptación por los tribunales de los laudos extranjeros como sentencias legítimas ejecutables, convierten hoy al arbitraje en un instrumento indispensable para asegurar la paz social, la inversión y la modernización de nuestras economías⁴⁸.

De lo señalado, podría concluirse que este sistema es mucho más conveniente para una buena administración de justicia, idea que en gran parte

⁴⁸ AGUILAR, Fernando en su exposición en la Conferencia “Arbitraje Internacional: algunas cuestiones prácticas”, citado por Denise Lorena Los Pacheco. Situación de la mediación y el arbitraje en Argentina. En Arbitraje y mediación en las Américas. Nuevo León, México. 2006. 63p.

compartimos, dadas las ventajas señaladas. No obstante lo anterior, es que este sistema será siempre de aplicación excepcional por presentar distintas trabas para su constante utilización, como es el hecho de tener ser un método que exige pagar los honorarios de los árbitros, circunstancia que no se presenta cuando se entrega de decisión del asunto a los tribunales ordinarios, por ser estos de funcionamiento gratuito para los usuarios. Además de existir materias en que, por su trascendencia jurídica y social, debe limitarse la libertad de las partes respecto de la posibilidad de ser ellas quienes escojan a quien resolverá el asunto. Ejemplo de lo anterior son los asuntos penales. Mal podría la ley entregar a decisión de un particular la posibilidad de condenar a una persona a una pena de cárcel. Surge así, el concepto de arbitraje prohibido, restricción que se funda, para Aylwin, en dos principios: i) teniendo el arbitraje por base una convención y sólo pudiendo recaer ésta sobre objetos que estén en el comercio humano, no puede admitirse arbitraje sobre cosas intransferibles, y ii) en gran número de litigios está comprendido, más o menos directamente, el interés social; se hace necesario, en consecuencia, sujetarlos a solemnidades especiales que sean una garantía de que no se resolverá ni hará nada lesivo para las superiores conveniencias de la sociedad o los legítimos derechos de terceros. La investidura privada de los jueces árbitros los obliga a respetar sólo los términos del compromiso, vale decir, la voluntad de los interesados, al margen de un eficaz control que vele por aquellos intereses; la facultad que tienen las partes de concederles poderes de arbitadores, les permite fallas con prescindencia de los mandatos imperativos de la ley. Esto bien puede ocurrir, sin daño alguno, en los asuntos en que entran en juego únicamente los intereses privados de los litigantes, pero no cuando pueden verse afectados el orden público las buenas costumbres o los derechos de terceros extraños al juicio. Por estas razones está negado a las partes el derecho de someter a compromiso los litigios que no sean de interés puramente particular. Tal prohibición es consecuencia lógica de la naturaleza misma del juicio arbitral.⁴⁹

⁴⁹AYLWIN AZOCAR, Patricio. El juicio arbitral. Quinta edición. Santiago, Chile. Jurídica de Chile, 2005. 119p.

De acuerdo a lo anterior, señala Rodríguez Mendoza que el arbitraje se basa en la autonomía de la voluntad de las partes que buscan poner fin a una controversia con una decisión puramente privada y que tienden a la defensa de sus intereses particulares y el árbitro como órgano decisor, es quien debe solucionar el conflicto supra partes, ya sea en derecho o en equidad. La actividad de partes y del árbitro debe desarrollarse dentro de un procedimiento arbitral si bien flexible y con pocos formalismos, no obstante estará regido por determinados principios que posibilitan el desenvolvimiento más óptimo del arbitraje al servicio y fines de la justicia⁵⁰.

Consideramos trascendente mencionar las dos más importantes clasificaciones del arbitraje, cuales son arbitraje ad hoc y arbitraje institucional, y arbitraje de derecho y de amigables componedores, toda vez que estas clases de arbitraje se encuentran presente en casi todas las legislaciones actuales.

Arbitraje institucional es aquel en que existe una entidad especializada que administra y organiza el trámite, y presta una serie de servicios sumamente útiles para que la contienda pueda ser resuelta con mayor eficacia. En general, la cuestión litigiosa específica es resuelta por árbitros escogidos por las partes, sin la participación directa de la entidad, que se limita a dar apoyo a las partes y a los árbitros. Éstos son los que tienen personalmente la tarea de sustanciar y decidir el caso, sin que la entidad como tal tenga injerencia en ello.⁵¹

Así, el arbitraje institucional se caracteriza esencialmente por la intervención de un centro arbitral que administra el arbitraje y, respecto del árbitro, por la regulación de sus funciones a través de las normas dictadas por la propia institución.⁵² Es el arbitraje administrado por ciertas instituciones usualmente vinculadas a centros o cámaras de comercio, destinadas a la promoción del arbitraje

⁵⁰ RODRIGUEZ MENDOZA, Fernando. Procedimiento Arbitral. Santa Cruz de la Sierra, El Pais, 2004. 48p.

⁵¹ CAIVANO, Roque. Arbitraje. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina. Ad-hoc, 2000. 67p.

⁵² MUNNÉ CATARINA, Frederic. La administración del arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral. Navarra, España. Aranzadi, 2002. 29p.

como alternativa de solución de controversias. Entre las funciones de dichos centros, se encuentra, precisamente, la administración del proceso arbitral, la preselección de profesionales de diversas especialidades para ser designados directa o indirectamente como árbitros, la estandarización y fijación de ciertas tablas o parámetros para el cálculo de los honorarios profesionales del árbitro y la dictación de reglamentos para los procedimientos seguidos ante los árbitros. En este caso, la determinación de los honorarios del árbitro se hace conforme a las reglas que se aplican a la respectiva institución.⁵³

En el arbitraje denominado libre o ad hoc no existe ninguna institución que administre el sistema, ni está sometido a ningún mecanismo predeterminado. Son las propias partes quienes deberán ponerse de acuerdo en las reglas sobre las cuales se desarrollará el arbitraje. Al carecer de una administración formal prestada por un tercero, las partes tendrán que darse a sí mismas –y darles a los árbitros- las normas sobre las que éstos actuarán, proveyendo todo lo necesario para que el arbitraje pueda comenzar.⁵⁴ Este tipo de arbitraje permite ahorrar los costos de administración que implica la puesta en marcha y funcionamiento de un arbitraje institucional, pero, por otro lado, implica que el juez carece del respaldo y de una cierta tutela que brinda un centro arbitral.⁵⁵

En lo que se refiera a las ventajas y desventajas de estos sistemas, Roque Caivano⁵⁶ en su libro Arbitraje señala lo siguiente: el arbitraje ad hoc brinda a las partes mayor flexibilidad y libertad en cuanto a la elección de los árbitros y a las reglas que éstos seguirán. Pero como contrapartida, es menester una cooperación casi total entre ellas, no sólo al inicio, sino también durante todo el juicio, la falta de

⁵³ Carey, Jorge y Fernández, Gonzalo. Los costos del arbitraje. En Estudios de Arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar. Picand, Eduardo, Coordinador. Santiago, Chile. Jurídica de Chile, 2007. 218p.

⁵⁴ CAIVANO, Roque. Arbitraje. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina. Ad-hoc, 2000. 70p.

⁵⁵ Carey, Jorge y Fernández, Gonzalo. Los costos del arbitraje. En Estudios de Arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar. Picand, Eduardo, Coordinador. Santiago, Chile. Jurídica de Chile, 2007. 215p.

⁵⁶ CAIVANO, Roque. Arbitraje. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina. Ad-hoc, 2000. 70-71p.

acuerdo respecto de cuestiones formales –pero esenciales para poner en marcha el sistema- puede echar por tierra sus bondades.

El arbitraje ad hoc es normalmente menos oneroso, al no tener que abonarse los derechos que perciben las entidades que lo administran. Pero en caso de dificultades surgidas durante el proceso, en este sistema, no cabe otra manera de solucionarlos que recurriendo a un juez que resuelva las incidencias. Si esto se produjera, los costos en tiempo y recursos materiales serían, seguramente, superiores al ahorro pretendido.

El juicio arbitral ad hoc puede también ser más rápido que el institucionalizado, en la medida que permite a las partes armar un procedimiento pensado específicamente para ese litigio, buscando los mecanismos más idóneos o que mejor se adapten a las particularidades del caso.

Se ha dicho que el arbitraje ad hoc acarrea dificultades en cuanto exige un minucioso acuerdo arbitral; y en casos de contratos cuya ejecución se prolongue en el tiempo, se corre el riesgo de que los árbitros escogidos se enfermen, mueran o puedan estar en conflicto de intereses con alguna de las partes. En ese aspecto, con la participación de una entidad que administre el sistema, se simplifica y agiliza la celebración del acuerdo arbitral, al remitirse las partes a reglamentos ya elaborados; al mismo tiempo que previene la posibilidad de contingencias que puedan impedir la actuación de los árbitros elegidos.

De manera, pues, que no es posible determinar a priori y en abstracto, la conveniencia de un sistema respecto del otro. Ello dependerá de cada caso concreto, y de la prudente ponderación que las partes hagan de las circunstancias apuntadas.

Respecto a la segunda clasificación, en el arbitraje de derecho los árbitros actuarán con sujeción a formas legales y decidirán las cuestiones litigiosas según el Derecho positivo; mientras que los arbitradores o amigables componedores pueden

prescindir de normas jurídicas, tanto en la tramitación del proceso, como en la fundamentación del laudo.⁵⁷ Generalmente se dice que ellos fallan conforme a la equidad y prudencia. De acuerdo a la jurisprudencia nacional⁵⁸: “la prudencia es una de las virtudes cardinales que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguir o huir de ello. Significa también en nuestro idioma, templanza, cautela, moderación; sensatez y buen juicio”. “La equidad, en tanto, es definida como la bondadosa templanza habitual; propensión a dejarse guiar o a fallar por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley; justicia natural por oposición a ley positiva; disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece”.

Estando en conocimiento de estas cualidades, corresponderá a las partes decidir, en los casos en que tengan tal potestad, la posibilidad de someterse a los Tribunales Estatales o a un arbitraje. En relación a esto, Sergio La China manifiesta que el arbitraje no debe ser un duplicado del proceso civil ordinario, sino una eficaz alternativa a él. Más bien, para ser diferente el arbitraje debe ser mejor que el proceso civil ordinario, a pesar de que no sea barato para el que le faltan los recursos para costear los jueces⁵⁹.

A continuación, desarrollaremos cómo opera la designación de árbitros para la resolución de conflictos domésticos en algunos países de América Latina.

a. Designación de Árbitros en Chile.

⁵⁷ CAIVANO, Roque. Arbitraje. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina. Ad-hoc, 2000. 71-72p.

⁵⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 5 de agosto de 1997, citada por RomerSeguel, Alejandro, en Estudios de Arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar. Picand, Eduardo, Coordinador. Santiago, Chile. Jurídica de Chile, 2007. 160p.

⁵⁹ Dr. Sergio La China. El rol del arbitraje en la justicia civil moderna. Breve ensayo con consejos al legislador. En Proceso Civil: hacia una nueva justicia civil. Santiago, Chile. Jurídica de Chile, 2007. 566p.

En Chile, el Código Orgánico de Tribunales (en adelante COT) y el Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC) regulan esta materia. El artículo 222 de COT señala el concepto de árbitro, estableciendo que éstos son los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso. La doctrina tradicionalmente distingue entre dos tipos de arbitraje: el arbitraje forzoso y el arbitraje voluntario, lo que dependerá de la materia del asunto.

Son materias de arbitraje forzoso en nuestra legislación:

1. La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil y de las comunidades (COT, art. 227 N°1).
2. La partición de bienes (COT, art. 227 N°2).
3. Las cuestiones que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas (COT, art. 227 N°3).
4. Las diferencias que ocurran entre socios de determinadas sociedades, en los casos de los arts. 415 de Código de Comercio y 4° N°10 de la Ley N°18.046 (COT, art. 227 N°4).
5. Cuestiones sobre repartición de aguas y ejercicios de derechos en comunidades de aguas y asociaciones de canalistas (Código de Aguas).
6. Arbitraje forzoso en la negociación colectiva de acuerdo al artículo 355 inciso 2° del Código del Trabajo.
7. Los demás casos que determinen las leyes (COT, art. 227 N°5).⁶⁰

En estos casos es la ley la que señala que el arbitraje constituye la única vía para resolver los conflictos que se presenten, cuya naturaleza particular requiere de una justicia amigable y eficiente, liberando con ello al mismo tiempo, a los tribunales ordinarios de pleitos cargados de detalles minuciosos⁶¹.

⁶⁰ AYLWIN AZOCAR, Patricio. El juicio arbitral. Quinta edición. Santiago, Chile. Jurídica de Chile, 2005. 84-116p. El autor explica profundamente cada uno de los casos.

⁶¹ EYZAGUIRRE, Rafael. El Arbitraje Comercial en la Legislación Chilena y su Regulación Internacional. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1981. 24p.

Aylwin fundamenta la existencia del arbitraje forzoso señalando que existen negocios judiciales que, por la conveniencia que existe de terminarlos prontamente y evitar con ello todo estrépito, escándalo y enojosa disputa que pueda ocasionar graves perjuicios, o por su carácter preferentemente de hecho que exige un largo y complicado estudio de antecedentes más o menos técnicos, o por la participación activa que en su solución debe caber a la voluntad de las partes, es preferible someter a jueces de toda la confianza de los interesados, que ni estén sujetos rigurosamente a la publicidad y demás formalidades del aparato judicial y que tengan capacidad técnica y tiempo suficiente para ventilar el asunto.⁶²

Por otra parte, la ley chilena ha excluido de la posibilidad de ser sometidas a arbitraje determinadas materias. Son los casos de arbitraje prohibido:

1. Cuestiones que versen sobre alimentos (Aylwin señala que la prohibición se refiere sólo a los juicios sobre alimentos forzosos futuros).
2. Cuestiones que versan sobre derecho de separación de bienes entre marido y mujer (COT, art. 229).
3. Causas que se susciten entre un representante legal y su representado.
4. Causas en que debe ser oído el Fiscal Judicial (COT, art. 229).
5. Asuntos de jurisdicción voluntaria.
6. Recursos de revisión y de inaplicabilidad.
7. Contiendas de competencia.
8. Causas criminales.
9. Juicios del trabajo.
10. Causas de policía local.⁶³

Estas exclusiones se pueden explicar en virtud de lo señalado anteriormente en este mismo capítulo relativo a que ciertos temas, por su trascendencia social, deben ser conocidos por un magistrado del Poder Judicial.

⁶² AYLWIN AZOCAR, Patricio. El juicio arbitral. Quinta edición. Santiago, Chile. Jurídica de Chile, 2005. 81p.

⁶³ AYLWIN AZOCAR, Patricio. El juicio arbitral. Quinta edición. Santiago, Chile. Jurídica de Chile, 2005. 120-138p. El autor explica profundamente cada uno de los casos.

Es importante señalar que la ley chilena no prohíbe a las partes la posibilidad de nombrar un número par de árbitros, como sí hacen otras legislaciones. En nuestro derecho es posible que el tribunal esté formado por un solo árbitro o por dos o más. El art.237 del COT dice: “Si los árbitros son dos o más, todos ellos deben concurrir al pronunciamiento de la sentencia y a cualquier acto de substanciación del juicio, a menos que las partes acuerden otra cosa”. En caso de producirse discordia de votos entre los árbitros, las partes pueden nombrar al tercero y, además, pueden autorizar a los mismos árbitros para que nombren, en caso necesario, al tercero en discordia (COT, art. 233).⁶⁴

Al momento de nombrar al o los árbitros debe existir acuerdo unánime de todas las partes interesadas en el litigio. En caso de no haber avenimiento respecto de la persona en quien haya de recaer el encargo, el nombramiento se hará por la justicia ordinaria, debiendo nombrar un árbitro, excluyendo a los dos primeros indicados por cada parte, en lo demás se regirá por las normas establecidas para el nombramiento de peritos (COT, art. 232).

En Chile, la única manifestación de designación unilateral de un árbitro se da con el partidador nominado por el causante, pero con la peculiaridad que el encargo se hace efectivo una vez abierta la sucesión de la persona que lo nominó⁶⁵.

La ley chilena establece ciertas prohibiciones respecto a determinadas personas para desempeñarse como árbitros. A saber, no pueden ser árbitros: las personas que litigan como partes en el asunto (COT, art. 226); los jueces letrados y los ministros de los Tribunales Superiores de Justicia (COT, art. 317); los fiscales judiciales y los notarios (COT, art. 480).

Ya hemos señalado que en el arbitraje, son las partes en el juicio, las que por medio de un compromiso, designan a la o las personas que resolverán el litigio.

⁶⁴ PAILLAS, Enrique. El arbitraje nacional e internacional privado. Santiago, Chile. LexisNexis. 2003. 31-32p.

⁶⁵ ROMERO, Alejandro. La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral. Revista chilena del derecho. 28 (3). 2001. 509p.

Corresponde ahora aclarar cuáles son los requisitos que la legislación chilena exige para poder ser nombrado árbitro. El artículo 225 de COT dispone que para ser árbitro de derecho, se requiere ser abogado. Respecto de los demás tipos de árbitros, los requisitos son menos exigentes, estos son tener mayoría de edad, tener libre administración de los bienes, saber leer y escribir, de acuerdo a lo dispuesto en el mismo artículo.

Aylwin sostiene que entre nosotros las personas jurídicas no pueden ser compromisarios, ya que no cumplen el requisito legal de tener la libre disposición de sus bienes ni pueden recibir el título de abogado, indispensable para ser árbitro de derecho, ni puede satisfacer respecto de ella la exigencia de expresar en el nombramiento “el nombre y apellido” del árbitro designado⁶⁶, como exige el art. 234 del COT.

Cumpléndose estas exigencias, las partes, en Chile, son libres de designar al particular que deseen para la resolución del conflicto por medio de un arbitraje. El artículo 234 del COT exige que el nombramiento se haga por escrito y en el instrumento se expresen:

1. El nombre y apellido de las partes litigantes;
2. El nombre y apellido del árbitro nombrado;
3. El asunto sometido al juicio arbitral;
4. Las facultades que se confieren al árbitro, y el lugar y tiempo en que deba desempeñar sus funciones.

Por último, el artículo 243 del COT hace aplicables las causales de implicancias y recusación establecidas para los jueces ordinarios en los artículos 195 y 196 del mismo texto legal, con la particularidad de que cuando afecten a árbitros nombrados por las partes, sólo podrán ser inhabilitados por causas que hayan sobrevenido a su nombramiento, o que se ignoraban al pactar el compromiso. Como los árbitros son jueces de la confianza de las partes, se entiende que si éstas

⁶⁶ AYLWIN AZOCAR, Patricio. El juicio arbitral. Quinta edición. Santiago, Chile. Jurídica de Chile, 2005. 159p

nombran a una persona no obstante tener en su contra algún motivo para recusarla, renuncian a hacer valer esa causal. Pero tal renuncia no puede suponerse cuando ellas prueban que al hacer la designación desconocían la existencia de la causal, o cuando ellas no han intervenido en el nombramiento, como ocurre en los casos en que éste se hace por la justicia.⁶⁷

b. Designación de Árbitros en Argentina.

En Argentina es el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante CPCyCN) el que, en su libro VI, regula el procedimiento ante árbitros. Los artículos 736 y 737 señalan que pueden someterse a arbitraje todas las cuestiones que puedan ser objeto de transacción, siendo nulos los compromisos sobre este tipo de materias.

En concordancia con la regla anterior, el Código Civil Argentino, en sus artículos 842 a 848, establece que no pueden ser objeto de transacción: la acción para acusar y pedir el castigo de los delitos; las cuestiones de validez o nulidad del matrimonio; las cosas que están fuera del comercio y los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención; las contestaciones relativas a la patria potestad, o a la autoridad del marido, ni sobre el propio estado de familia, ni sobre el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas, sea por filiación natural, sea por filiación legítima; el estado de las personas; los derechos eventuales a una sucesión, ni sobre la sucesión de una persona viva. El artículo 849 del C.C. agrega que en todos los demás casos se puede transigir sobre toda clase de derechos, cualquiera que sea su especie y naturaleza, y aunque estuviesen subordinados a una condición.

Además de las controversias que no pueden ser objeto de transacción, no son arbitrables en el derecho argentino, las cuestiones cuyo objeto sean bienes de

⁶⁷ AYLWIN AZOCAR, Patricio. El juicio arbitral. Quinta edición. Santiago, Chile. Jurídica de Chile, 2005. 439p

dominio público del Estado, como por ejemplo, las plazas y los monumentos. Podrán someterse a arbitraje las cuestiones referentes a los bienes privados del Estado argentino, sean estos de propiedad del Estado provincial o municipal, siempre que exista autorización previa en virtud de la ley.⁶⁸

También las acciones donde deba intervenir el fisco argentino están fuera de la posibilidad de su solución por arbitraje.⁶⁹

Caivano⁷⁰, en su libro Arbitraje, señala los siguientes casos de arbitraje forzoso en la legislación argentina:

- Cuando en la locación de servicios o de obra no se hubiere acordado el precio y el servicio o trabajo sea de la profesión o el modo de vivir de quien lo presta, se entiende que ajustaron el precio de costumbre, el que deberá ser determinado por árbitros (art. 1627 del Cód. Civil).

- Las cuestiones que se susciten sobre la inteligencia de las cartas de crédito o recomendación y las obligaciones que ella importe, serán decididas por arbitraje (art. 491 del Cód. de Comercio).

- En materia de sociedades civiles, cuando es necesario proceder a su limitación, el reparto de pérdidas y ganancias se hará conforme las reglas generales (de acuerdo a lo pactado, en proporción a lo aportado). En el caso de sociedades donde un socio aporta capital y el otro su trabajo –sociedades de capital e industria- la parte del socio industrial se considerará equivalente a la de los socios capitalistas, si fuese igual. Finalmente, si la prestación de los socios capitalistas fuese de partes desiguales y las partes no convinieron otra cosa, la parte de ganancias del socio industrial será fijada por árbitros (art. 1781 del Cód. Civil).

⁶⁸ Lino Enrique Palacio: Derecho Procesal Civil, p35. Citado en PUCCI, Adriana. Arbitraje en los países del Mercosur: Medio alternativo de solución de conflictos. Buenos Aires, Argentina. Ad-hoc. 1997. 46p

⁶⁹ Hugo Alsina: Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, p811. Citado en PUCCI, Adriana. Arbitraje en los países del Mercosur: Medio alternativo de solución de conflictos. Buenos Aires, Argentina. Ad-hoc. 1997. 46p

⁷⁰ CAIVANO, Roque. Arbitraje. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina. Ad-hoc, 2000. 84p.

El artículo 738 del CPCyCN establece como requisito para comprometer en árbitros, el tener capacidad para transigir. Agrega que quienes necesiten autorización judicial para realizar actos de disposición, también deberán cumplir este requisito para celebrar el compromiso. Respecto a esto, Adriana Pucci⁷¹ señala que el derecho argentino no permite que los menores e incapaces, sus tutores y curadores sometan a transacción sus derechos y obligaciones, y para hacerlo necesitan de autorización judicial (art. 443, inc. 5 del C.C.), tampoco pueden transigir los agentes de los ministerios públicos de la Nación o de las Provincias, los empleados del fisco en relación a las cuentas públicas (art. 841, inc. 1 del C.C.); los representantes de las personas jurídicas en cuanto no fueren autorizados (art. 841, inc. 3 del C.C.); los albaceas en lo que se refiere a los derechos y obligaciones de la sucesión, para los cual necesitan de autorización judicial competente (art. 841, inc. 4 del C.C.); los tutores en relación a las cuentas de sus pupilos emancipados (art. 841, inc. 6 del C.C.); los menores emancipados (art. 841, inc. 7 del C.C.). Tampoco podrán acudir a la vía arbitral aquellos que sólo tengan poderes de administración en relación a los negocios de su mandante, donde no estén expresamente previstas las facultades para comprometerse en árbitros.

Las personas jurídicas podrán someter sus controversias a decisión arbitral siempre que sus representantes sean suficientemente autorizados a tal efecto.⁷²

Los árbitros serán nombrados por las partes, pudiendo el tercero ser designado por ellas, o por los mismos árbitros, si estuviesen facultados. Si no hubiese acuerdo, el nombramiento será hecho por el juez competente. La designación sólo podrá recaer en personas mayores de edad y que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (CPCyCN, art. 743).

⁷¹ PUCCI, Adriana. Arbitraje en los países del Mercosur: Medio alternativo de solución de conflictos. Buenos Aires, Argentina. Ad-hoc. 1997. 55-56p.

⁷² Osvaldo Alfredo Gozaíni: Formas alternativas para la resolución de conflictos, p.155. citado en PUCCI, Adriana. Arbitraje en los países del Mercosur: Medio alternativo de solución de conflictos. Buenos Aires, Argentina. Ad-hoc. 1997. 46p.

Por aplicación de esa regla, no cabe duda que no pueden ser árbitros los incapaces de hechos absolutos mencionados en el art. 54 del Cód. Civil: los menores impúberes, los dementes declarados tales en juicio y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito. Consideramos que tampoco podrá recaer la designación de árbitro en aquellas personas a quienes las leyes declaran incapaces relativos: los inhabilitados judicialmente por aplicación del art. 152 bis del Cód. Civil (ebrios o toxicómanos consuetudinarios, disminuidos en sus facultades mentales que no alcancen la categoría jurídica de demencia, o pródigos), y los menores adultos⁷³.

La gran mayoría de los autores argentinos, apoyados por la jurisprudencia local, han entendido que en el derecho argentino sería imposible que una persona jurídica fuese designada árbitro, en virtud de la disposición legal que exige que los árbitros sean personas mayores de edad.⁷⁴

El compromiso deberá formalizarse por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el juez de la causa, o ante aquél a quien hubiese correspondido su conocimiento (CPCyCN, art. 739). El artículo 740 del Código exige que el compromiso deba contener, bajo pena de nulidad:

1. Fecha, nombre y domicilio de los otorgantes.
2. Nombre y domicilio de los árbitros, excepto en caso de que no hubiese acuerdo.
3. Las cuestiones que se sometan al juicio arbitral, con expresión de sus circunstancias.
4. La estipulación de una multa que deberá pagar, a la otra parte, la que dejare de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso.

Los árbitros designados por el juzgado podrán ser recusados por las mismas causas que los jueces. Los nombramientos de común acuerdo por las partes,

⁷³ CAIVANO, Roque. Arbitraje. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina. Ad-hoc, 2000. 184p.

⁷⁴ PUCCI, Adriana. Arbitraje en los países del Mercosur: Medio alternativo de solución de conflictos. Buenos Aires, Argentina. Ad-hoc. 1997. 157p.

únicamente por causas posteriores al nombramiento. Así lo dispone el artículo 746 del CPCyCN.

El arbitraje puede ser de derecho o de amigables componedores. Si en el compromiso no se estipula nada, o si se hubiese autorizado a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se entiende que es de amigables componedores (CPCyCN, art. 766). Los amigables componedores procederán sin sujeción a formas legales, limitándose a recibir los antecedentes o documentos que las partes les presentasen, a pedirles las explicaciones que creyeren convenientes, y a dictar sentencia según su saber y entender (CPCyCN, art. 769).

Las partes fijarán el procedimiento al cual deberá someterse el árbitro. En caso de que no lo hicieran, los árbitros observarán el del juicio ordinario o sumario, según lo establecieren, teniendo en cuenta la naturaleza e importancia económica de la causa (CPCyCN, art. 751).

c. Designación de Árbitros en España.

En España la ley 60/2003 se encarga de regular el Arbitraje. En su artículo 2 establece las siguientes materias como objeto de arbitraje:

1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.

2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral.

El artículo 12 de la ley regula el número de árbitros facultado a las partes para poder fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro.

En España pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro (Ley 60/2003, art. 13).

Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal. Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista (Ley 60/2003, art. 15.1).

El procedimiento para el nombramiento de los árbitros está regulado en el art. 15.2 de la Ley, que señala lo siguiente: las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

a. En el arbitraje con un solo árbitro, éste será nombrado por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

b. En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien actuará como presidente del colegio arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los 30 días siguientes a la recepción del requerimiento de la otra para que lo haga, la designación del árbitro se hará por el tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes. Lo mismo se aplicará cuando los árbitros designados no consigan ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 días contados desde la última aceptación. En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, éstos nombrarán un árbitro y aquéllos otro. Si los demandantes o los demandados no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro que les corresponde nombrar, todos los árbitros serán designados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

c. En el arbitraje con más de tres árbitros, todos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello (Ley 60/2003, art. 15.3)

En España tiene gran importancia el arbitraje institucional, de acuerdo a la Ley de arbitraje, la misión de administración del arbitraje y su designación podrá encomendarse a Corporaciones de Derecho público y Entidades públicas que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y a Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales (Ley 60/2003, art. 14).

El artículo 25 de la Ley dispone que las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones. A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración.

El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo (Ley 60/2003, art. 9.3).

Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación (Ley 60/2003, art. 17.3).

d. Designación de Árbitros en Colombia.

En Colombia, la Constitución de 1991, establece concretamente la participación de los particulares para administrar justicia por mecanismos precisos y transitorios en el artículo 116 inciso 4º, que dispone que “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”⁷⁵.

La regulación en materia de arbitraje actualmente se encuentra comprendida en el Decreto N°1818 de 1998, el cual se encarga de entregar una definición de arbitraje en su artículo 115, al señalar que “es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”. Vemos que al igual que la legislación argentina, presenta como requisito esencial para la procedencia del arbitraje el que se trate de una materia que pueda ser objeto de transacción.

Por su parte, el Código Civil Colombiano, en sus artículos 2473, 2474 y 2475, prohíbe la transacción (y en concordancia con la regla anterior, la prohibición se hace extensiva al sometimiento del conocimiento del asunto a árbitros) respecto al estado civil de las personas; sobre alimentos futuros a personas a quienes se deba por ley; y sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen.

Distingue, la legislación colombiana, entre 3 tipos de arbitrajes: en derecho, en equidad y técnico. Respecto de la primera categoría, definida por la ley como aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente, el art. 115 exige que la persona nombrada como árbitro, sea un abogado inscrito.

⁷⁵ URIBE PIEDRAHITA, Carlos Andrés. El arbitramiento en Colombia. En Arbitraje y Mediación en las Américas. Nuevo León, México. Universidad Autónoma de Nuevo León. 2006. 145p.

El arbitraje en equidad es aquel en que los árbitros deciden según el sentido común y la equidad.

Técnico es el arbitraje en el que los árbitros pronuncian su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio.

Las partes deben indicar el tipo de arbitraje al que se someterán, en caso de no hacerlo, el fallo se hará en derecho, de acuerdo a lo ordenado por el artículo 121 del mismo Decreto.

Las partes conjuntamente deben nombrar y determinar el número de árbitros, o delegarán tal labor en un tercero. El número siempre debe ser impar. Si nada dicen respecto a esto, los árbitros serán tres, salvo en cuestiones de menor cuantía, en las que el árbitro será uno solo (Decreto 1818 de 1998, art. 122).

La ley colombiana distingue entre arbitraje independiente, institucional o legal. El arbitraje independiente es aquel en que las partes acuerdan autónomamente las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su conflicto; institucional, aquel en el que las partes se someten a un procedimiento establecido por el Centro de Arbitraje; y legal, cuando a falta de dicho acuerdo, el arbitraje se realice conforme a las disposiciones legales vigentes (Decreto 1818 de 1998, art. 116).

Además de la limitación aplicable a los árbitros en derecho señalada anteriormente, el art. 130 del Decreto establece que los árbitros están impedidos y son recusables por las mismas causales previstas los artículos 149 y 150 del Código de Procedimiento Civil para los jueces. Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes no podrán ser recusados sino por causales sobrevinientes a la designación. Los nombrados por el juez o por un tercero, serán recusables dentro de los cinco días siguientes a la designación del árbitro.

En Colombia, el compromiso deberá celebrarse por medio de cualquier tipo de documento, y el art. 119 del Decreto establece los siguientes requisitos que debe contener:

- a) El nombre y domicilio de las partes;
- b) La indicación de las diferencias y conflictos que se someterán al arbitraje;
- c) La indicación del proceso en curso cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquél

e. Designación de Árbitros en Brasil.

En Brasil ha existido una discusión doctrinaria a propósito de la constitucionalidad del arbitraje, relacionado con la interpretación del art. 5º, XXXV de la Constitución Federal de Brasil, que dispone que “la ley no excluirá del conocimiento del Poder Judicial lesión o amenaza de derecho”. Según la opinión de algunos autores brasileños, la sumisión de ciertas controversias a arbitraje no sería posible en el Brasil en razón de lo dispuesto en el precepto constitucional mencionado. El arbitraje iría, según estos autores, contra lo establecido por la Carta Magna de dicho país. Es decir, que en virtud de dicho precepto constitucional, el arbitraje no sería viable en el Brasil por estar prohibido por la Constitución Federal.

Sin embargo, la mayoría de los autores del Brasil han concluido que la interpretación del referido dispositivo legal debe considerar la historia y el origen de esta norma constitucional que tiene como único objeto impedir que los otros poderes, el Legislativo y el Ejecutivo, priven a los ciudadanos del acceso a la justicia.⁷⁶

⁷⁶ PUCCI, Adriana. Arbitraje en los países del Mercosur: Medio alternativo de solución de conflictos. Buenos Aires, Argentina. Ad-hoc. 1997. 38p.

Tal norma entretanto no impediría que dentro del marco de la autonomía de la voluntad, las personas puedan renunciar a la justicia de los tribunes estatales y que puedan someter sus peticiones a la solución arbitral.⁷⁷

Habiendo superado esta discusión, corresponde estudiar la Ley 9.307 de 1996 que se encarga de regular el arbitraje en Brasil. En su artículo 1º señala que “las personas capaces de contratar podrán valerse del arbitraje para resolver controversias relativas, solamente a los derechos patrimoniales disponibles”.

Caio Mario da Silva Pereira⁷⁸ explica el significado de la expresión “derechos patrimoniales disponibles”, estableciendo que *Patrimoniales* son los derechos que tienen expresión económica y que por eso integran el patrimonio de la persona, mientras que los *no patrimoniales* son los que no tienen contenido económico. Mientras que cuando hablamos de derecho disponible, nos referimos necesariamente al derecho privado, visto que el derecho público se presta a regular materia de naturaleza social, separándose de la idea de disponibilidad del derecho individual. Así son derechos indisponibles los derechos personales que no son alienables, porque relacionan los sujetos, aunque sean económicamente apreciables (vendidos, comerciables), como son los derechos inherentes al estado de las personas (nacionalidad, estado civil, derecho al nombre) o el derecho a la vida, a la dignidad y a la integridad física.

Las partes podrán escoger el derecho aplicable a la controversia. Además, existe la facultad del arbitraje poder ser llevado a cabo bajo el derecho y la equidad,

⁷⁷ Pedro Antonio Batista Martins: Aspectos da reforma do Código de Processo Civil, p31. Citado en PUCCI, Adriana. Arbitraje en los países del Mercosur: Medio alternativo de solución de conflictos. Buenos Aires, Argentina. Ad-hoc. 1997. 38p.

⁷⁸Pereira, Caio Mario da Silva. “Instituições de Direito Civil”. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1966, vol. I, p. 233. Citado por DAMKE, Magaly. Arbitraje: Estudio jurídico del caso de Brasil. Tesis (Magíster en Derecho, mención en Derecho Internacional). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003. 47h.

también pueden elegir las reglas de derecho a ser utilizadas, desde que no ocurra violación al orden público y a las buenas costumbres⁷⁹.

También podrán convenir que los árbitros decidan con base a los principios generales del derecho, en los usos y las costumbres y en las reglas internacionales del comercio⁸⁰ (Ley 9.307, art. 2).

Puede ser árbitro cualquier persona capaz y que tenga la confianza de las partes. (Ley 9.307, art. 13).

Las partes deberán nombrar a uno o más árbitros, siempre en número impar, y podrán designar también los suplentes (Ley 9.307, art. 13).

Las partes podrán convenir el proceso de elección de los árbitros, o adoptar las normas de una institución arbitral o una entidad especializada (Ley 9.307, art. 13).

No existiendo estipulación sobre el procedimiento, concierne a los árbitros disciplinarlos, siempre respetando los principios básicos del procedimiento litigioso⁸¹.

El artículo 10 de la ley establece los requisitos que debe cumplir el compromiso arbitral:

- I. Nombre, profesión, estado civil y domicilio de las partes;

⁷⁹ DAMKE, Magaly. Arbitraje: Estudio jurídico del caso de Brasil. Tesis (Magíster en Derecho, mención en Derecho Internacional). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003. 47h.

⁸⁰ DAMKE, Magaly. Arbitraje: Estudio jurídico del caso de Brasil. Tesis (Magíster en Derecho, mención en Derecho Internacional). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003. 47h.

⁸¹ DAMKE, Magaly. Arbitraje: Estudio jurídico del caso de Brasil. Tesis (Magíster en Derecho, mención en Derecho Internacional). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003. 51h.

II. El nombre, profesión y domicilio del árbitro o árbitros, o, en su caso, la identificación de la entidad a la cual las partes delegan la designación de los árbitros;

III. La materia que es objeto del arbitraje, y

IV. El lugar donde será el laudo arbitral dictado.

El rechazo de una persona como árbitro es lícito por las mismas razones previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces (Ley 9.307, art. 14).

Pero, de acuerdo al mismo artículo 14, el árbitro sólo podrá ser recusado por razones que se produzcan después de su nombramiento. Sin embargo, puede ser recusado antes de su nombramiento, cuando:

a) no es nombrado directamente por el partido; o

b) la razón de la negativa del árbitro se conoce después de su nombramiento.

f. Designación de Árbitros en Perú.

El Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje en Perú, del año 2008, en su artículo 2°, señala que “pueden someterse a arbitraje las materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”.

El artículo 7° del Decreto establece que el arbitraje puede ser ad-hoc o institucional, según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral. En caso de no designarse una institución arbitral, se entiende que el arbitraje es ad-hoc.

Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, serán tres árbitros (D.L. 1071, art. 19).

El artículo 20 del Decreto regula los requisitos para ser árbitro: señalando que pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros. La nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro, salvo acuerdo en contrario de las partes.

Respecto a las prohibiciones para ser árbitro, el artículo 21 dispone que tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas.

Los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo (D.L. 1071, art. 22). El mismo artículo ordena que cuando el arbitraje nacional deba decidirse en derecho, se requiere nombrar a un abogado, salvo acuerdo en contrario.

El artículo 23 del Decreto otorga potestad a las partes para acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo se aplican las siguientes reglas:

a. En caso de árbitro único, o cuando las partes han acordado que el nombramiento de todos los árbitros o del presidente del tribunal se efectúe de común acuerdo entre ellas, tendrán un plazo de quince días de recibido el requerimiento de nombramiento para que cumplan con hacerlo.

b. En caso de tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro en el plazo de quince días de recibido el requerimiento para que lo haga y los dos árbitros así nombrados, en el plazo de quince días de producida la aceptación del último de los árbitros, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.

c. En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los demandantes nombrarán de común acuerdo un árbitro y los demandados, también de común acuerdo, nombrarán otro árbitro en el plazo de quince días de recibido el requerimiento para que lo hagan, salvo que algo distinto se hubiese dispuesto en el

convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable. Los dos árbitros así nombrados, en el mismo plazo, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.

d. Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.

e. En el arbitraje internacional, el nombramiento a que se refiere el inciso d. de este artículo será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o por la Cámara de Comercio de Lima, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje.

Es nula la estipulación que otorgare algún privilegio para una de las partes en el nombramiento del árbitro (D.L. 1071, art. 26).

Respecto a las recusaciones el artículo 38 del Decreto dispone que un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. O si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento

La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo sino lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable (D.L. 1071, art. 32).

g. Designación de Árbitros en Uruguay.

El Código General del Proceso de Uruguay (en adelante CGPU), en su Libro II, Título VIII, regula el arbitraje señalando su procedencia para toda contienda individual o colectiva, salvo que exista expresa estipulación en contrario (CGPU, art. 472). Posteriormente la ley señala que se no pueden someterse a arbitraje las causas respecto a las cuales está prohibida la transacción (CGPU, art. 476).

Adriana Pucci⁸² explica el régimen de procedencia de la transacción en el derecho uruguayo señalando que “la transacción en el Uruguay deberá tener por objeto aquello que las partes puedan disponer; y además se establece que la misma deberá ser formalizada mediante acto judicial o por escritura pública o privada (Código Civil, art. 2147).

Según lo previsto en el art. 2154 del C.C.U., no podrán ser sometidas a transacción las cuestiones referentes al estado civil de las personas, pero sí los efectos patrimoniales derivados de las mismas. En este sentido, la transacción sobre alimentos futuros no surtirá efectos hasta su aprobación por la justicia. Al igual que en otros países, la transacción podrá recaer sobre la acción civil que nace del delito, pero no sobre la acción criminal (art. 2153 C.C.U.).

En materia laboral, la Constitución uruguaya de 1966, en su art. 57, inciso 2, establece que la ley dispondrá sobre la creación de tribunales de conciliación y arbitraje. Por lo tanto, en Uruguay es posible someter a arbitraje las peticiones surgidas con motivo de conflictos colectivos de trabajo.”

La ley uruguaya distingue entre arbitraje voluntario o necesario, en este último caso la ley impone a las partes la obligación de resolver el conflicto por medio de un tribunal arbitral (CGPU, art. 474.1).

⁸² PUCCI, Adriana. Arbitraje en los países del Mercosur: Medio alternativo de solución de conflictos. Buenos Aires, Argentina. Ad-hoc. 1997. 50-51p.

El art. 480.1 del CGPU dispone que salvo que las partes designen un solo árbitro o que convengan en que éste sea designado por el tribunal, el número de los árbitros será siempre de tres o cinco

Respecto a los requisitos para ser nombrado árbitro en Uruguay, el artículo 480.2 señala que puede ser árbitro toda persona mayor de veinticinco años de edad, que se halle en el pleno goce de sus derechos civiles. Por otra parte, tienen prohibición para desempeñarse como árbitros los fiscales y los secretarios de los tribunales (CGPU, art. 480.3).

Los árbitros podrán ser designados en la cláusula compromisoria, en el compromiso o en un acto posterior. Podrá, asimismo, convenirse en la forma de designación por un tercero o por el tribunal. Si las partes no se pusieran de acuerdo en el nombre de los árbitros, la designación será hecha por el tribunal (CGPU, art. 480.4).

Respecto a la capacidad para otorgar una cláusula compromisoria, Rubén Santos Belandro⁸³ explica que es necesaria la capacidad de obrar del sujeto. En el Código Civil, la capacidad de obrar se ubica en la mayoría de edad, por lo que la persona física, mayor de edad, podrá suscribir cualquiera de los dos pactos (cláusula compromisoria o compromiso arbitral). El menor emancipado puede suscribir un convenio arbitral pero necesita complementar su ámbito de disposición. En el caso de las personas jurídicas se debe reclamar la capacidad general para contraer obligaciones. La expresión de la voluntad debe ser inequívoca. Esta exigencia se manifiesta en un doble plano: acerca de la existencia misma de la voluntad de someterse a arbitraje y a la extensión de esta sumisión.

⁸³ SANTOS, Rubén. Uruguay: en la búsqueda de una política de Estado en materia de arbitraje. En Arbitraje y Mediación en las Américas. Nuevo León, México. Universidad Autónoma de Nuevo León. 2006. 438p.

El artículo 477 del CGPU ordena que el compromiso deba consignarse en acta o escrito judicial o en escritura pública, bajo pena de nulidad. Y debe cumplir los siguientes requisitos:

- 1) Fecha de otorgamiento y nombre de los otorgantes.
- 2) Nombre de los árbitros, sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior.
- 3) Puntos sobre los cuales debe recaer el laudo. Si no hubiera acuerdo de partes sobre este particular, cada una de ellas propondrá sus puntos y todos ellos serán objeto de arbitraje.
- 4) Procedimiento del arbitraje. Si nada se dijera sobre este particular, se estará a lo dispuesto en el artículo 490.
- 5) La mención de si el arbitraje es de derecho o de equidad; si nada se dijere, los árbitros fallarán por equidad.
- 6) Plazo para laudar.

Respecto al artículo 490, nombrado en el punto 4, este dispone la libertad de procedimiento en el arbitraje, señalando que las partes pueden convenir el procedimiento que consideren más conveniente. Si nada dijeren o en cuanto no hubiese sido objeto de previsión especial en el procedimiento señalado, se aplicarán por los árbitros las disposiciones establecidas en el Código General del Proceso para el proceso ordinario.

El artículo 485 del CGPU regula la recusación de los árbitros decretando la aplicación de las mismas causales de recusación que operan para los jueces ordinarios, establecidas en los artículos 325 y siguientes del CGPU. Pero si los árbitros hubieran sido nombrados por acuerdo de las partes, sólo podrán ser recusados por hecho sobreviniente a su designación.

h. Designación de Árbitros en Paraguay.

En Paraguay el arbitraje se encuentra regulado en la Ley 1.878 de Arbitraje y Mediación. Esta ley en su artículo segundo dispone el objeto del arbitraje, señalando

que toda cuestión transigible y de contenido patrimonial, podrá ser sometida a arbitraje antes o después de deducida en juicio ante la justicia ordinaria, cualquiera fuese el estado de éste, siempre que no hubiese recaído sentencia definitiva firme.

Esta definición otorga amplia libertad a las partes para entregar el conocimiento de los asuntos litigiosos a árbitros, sin embargo el artículo 774 del Código Procesal Civil de Paraguay establece los siguientes casos de arbitraje prohibido:

- a) Las cuestiones que versan sobre el estado civil y capacidad de las personas;
- b) Las referentes a bienes del Estado o de las Municipalidades;
- c) Las que por cualquier causa requieran la intervención fiscal;
- d) Las que tengan por objeto la validez o nulidad de las disposiciones de última voluntad; y,
- e) En general, las que no puedan ser materia de transacción.

En relación al último punto, el artículo 1497 del Código Civil Paraguayo señala que no puede transigirse sobre las relaciones de familia, o que se refieran a los poderes o estado derivados de ellas ni sobre derechos o cosas que no pueden ser objeto de los contratos, o que interesen al orden público o las buenas costumbres. Pueden ser transigidos los litigios sobre derechos patrimoniales subordinados al estado de las personas, o a los demás casos indicados, siempre que la transacción no comprenda el estado mismo o el hecho prohibido.

Las partes deben tener capacidad para transigir para poder someterse a la decisión arbitral, así lo establece el artículo 775 del Código Procesal Civil de Paraguay.

Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros, el cual deberá ser impar. A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres (Ley 1.878, art. 12).

Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros. Si no hay acuerdo, en caso de tratarse de un procedimiento ante tres árbitros: cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros designados nombrarán al tercero, en caso de no haber acuerdo, el nombramiento lo hará el juez a petición de cualquiera de las partes. Si el juicio se sigue ante un único árbitro, en caso de no haber acuerdo, el nombramiento lo hará el juez a petición de las partes. Todo según el artículo 13 de la Ley 1.878

El artículo 22 de la Ley faculta a las partes con libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Norma que se complementa con el artículo 778 del Código Procesal Civil que dispone que las partes podrán convenir libremente todo lo relativo al arbitraje, sus modalidades y formas, sometiéndose en lo esencial a lo dispuesto en este Título. La designación de árbitros y la forma de regular el arbitraje podrá delegarse a un tercero, sea éste persona física o jurídica. Este artículo deja a las partes en libertad de pactar libremente todo lo que se refiere al arbitraje, tarea que inclusive podrá ser delegada a terceros, sean éstas personas físicas o jurídicas. De esta forma, la legislación del Paraguay admite la posibilidad de que las partes dejen en manos de una organización arbitral la completa implementación del procedimiento arbitral⁸⁴.

El artículo 779 del Código Procesal Civil señala que el tribunal podrá ser de jueces árbitros o de arbitradores. Los árbitros juris resolverán conforme a derecho. Los arbitradores, amigables componedores, podrán resolver según la equidad. A falta de acuerdo, mediando dudas, se entenderá que la cuestión ha sido sometida a tribunal de jueces arbitradores.

El artículo 782 del Código regula los requisitos para ser designado árbitro señalando que toda persona capaz que sepa leer y escribir podrá ser designada

⁸⁴ PUCCI, Adriana. Arbitraje en los países del Mercosur: Medio alternativo de solución de conflictos. Buenos Aires, Argentina. Ad-hoc. 1997. 123p.

juez. No obstante, tratándose de árbitros juris, en los tribunales unipersonales el juez deberá ser abogado. También deberá serlo, uno -cuanto menos- de los jueces de un tribunal pluripersonal. El abogado deberá haber estado al menos 10 años en el ejercicio de la profesión, o 5 en el de una judicatura. Y no podrán ser designados árbitros los jueces ordinarios.

Los árbitros actuarán según el procedimiento convenido por las partes, y en defecto o insuficiencia de éste, conforme con lo establecido en el Código Procesal Civil.

Los arbitadores procederán según lo convenido por las partes y, en su defecto, sin sujeción a formas legales. En cualquier caso se respetará el derecho de las partes a ser oídas y el de ofrecer o producir oportunamente pruebas pertinentes e idóneas (Código Procesal Civil, art. 786).

i. Designación de Árbitros en Bolivia.

Regulado en la Ley de Arbitraje y Conciliación N° 1770 (en adelante LAC), que dispone en su artículo 3° que pueden someterse a arbitraje las controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales de las partes, mediante el ejercicio de su libre arbitrio sobre derechos disponibles y que no afecten al orden público, antes, en el transcurso o después de intentado un proceso judicial, cualquiera fuere el estado de éste, extinguiéndolo o evitando el que podría promoverse.

Son materias de arbitraje prohibido, según lo establecido en el artículo 6 de la LAC, las siguientes:

1. Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución.

2. Las cuestiones que versen sobre el estado civil y la capacidad de las personas.

3. Las cuestiones referidas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial.

4. Las cuestiones concernientes a las funciones del Estado como persona de derecho público.

El artículo 14 de la LAC señala los requisitos para ser nombrado árbitro: la designación de árbitro podrá recaer en toda persona natural que al momento de su aceptación cumpla los siguientes requisitos:

1. Se encuentre en pleno ejercicio de su capacidad de obrar, conforme a la ley civil.

2. Reúna los requisitos convenidos por las partes o exigidos por la institución administradora del arbitraje.

El mismo artículo decreta prohibiciones para desempeñarse como árbitro, bajo pena de nulidad del laudo, sin perjuicio de la responsabilidad que les pueda corresponder por aceptar una designación arbitral, respecto de las siguientes personas: funcionarios judiciales, miembros del Poder Legislativo, servidores públicos, funcionarios del Ministerio Público y operadores de bolsa.

Para llevar a conocimiento de los árbitros una contienda, las partes deben tener capacidad procesal, porque una es la capacidad para contratar y capacidad dispositiva, con la que actúan al firmar un convenio arbitral que se encuentran dentro de cuestiones de derecho material, y otra es la capacidad de disponer del derecho en cuestión para deducirlo en juicio, o sea que tenga la capacidad procesal necesaria y consiguiente legitimación, que se encuentra dentro del ámbito procesal.⁸⁵

⁸⁵RODRIGUEZ MENDOZA, Fernando. Procedimiento Arbitral. Santa Cruz de la Sierra, El Pais, 2004. 90p.

Si el titular del derecho material consiente en un convenio, estará legitimado para iniciar un proceso arbitral.⁸⁶

El convenio arbitral deberá constar por escrito (LAC, art. 10).

Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros que necesariamente será impar. A falta de acuerdo, los árbitros serán tres (LAC, art. 17.I.).

En el arbitraje con árbitro único, cuando las partes no logren ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado por la autoridad judicial a petición de cualquiera de las partes (LAC, art. 17.II.).

A falta de acuerdo en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero. La autoridad judicial competente designará los árbitros en los siguientes casos:

1. Cuando una de las partes no designe su árbitro dentro de los ocho días del requerimiento escrito de la otra para que lo haga.
2. Cuando los dos árbitros designados por las partes no logren ponerse de acuerdo sobre el tercer arbitro, dentro de los ocho días siguientes a la fecha de su nombramiento (LAC, art. 17.III.).

El motivo o razón por el que el legislador ha previsto la intervención judicial para designar árbitros en caso de desacuerdo de las partes, es una clara muestra del apoyo al arbitraje (favor arbitris), considerando que si las partes han decidido someter su controversia o conflicto al arbitraje, éste no se suspenderá por un aspecto coyuntural como es la designación de los árbitros, y, consiguientemente la

⁸⁶RODRIGUEZ MENDOZA, Fernando. Procedimiento Arbitral. Santa Cruz de la Sierra, El Pais, 2004. 90p.

designación de los árbitros, está dirigida a satisfacer lo que las partes libremente han convenido, que es solucionar su controversia con un laudo.⁸⁷

El artículo 19 de la LAC regula la posibilidad de que sea un tercero quien designe al o los árbitros en los siguientes términos: las partes podrán facultar a un tercero la designación de uno o todos los miembros del Tribunal Arbitral. Podrán también encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a entidades o asociaciones especializadas a través de centros de arbitraje, de acuerdo con los reglamentos de dichas instituciones.

Las partes tendrán la facultad de convenir el procedimiento al que deberá someterse el Tribunal Arbitral o de adoptar reglas de arbitraje establecidas por la institución administradora del mismo. A falta de acuerdo y con sujeción a los principios generales del arbitraje, el Tribunal podrá desarrollar el procedimiento del modo que considere más apropiado (LAC, art. 39).

La LAC boliviana señala las siguientes causales de recusación para los árbitros:

1. Las causales establecidas en el Código de Procedimiento Civil.
2. La inexistencia de los requisitos personales y profesionales convenidos por las partes o establecidos por la institución encargada de administrar el arbitraje.

Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella o en cuyo nombramiento haya participado, por causales conocidas después de haberse efectuado la designación (LAC, art. 26).

j. Designación de Árbitros en Honduras.

⁸⁷ RODRIGUEZ MENDOZA, Fernando. Procedimiento Arbitral. Santa Cruz de la Sierra, El Pais, 2004. 97p.

La materia se encuentra regulada en el Decreto 161-2000, que en su artículo 26 viene a definir al arbitraje como un mecanismo de solución de controversias, a través del cual las partes en conflicto difieren la solución del mismo a un tribunal arbitral.

El artículo 28 señala que podrán someterse a arbitraje las controversias que hayan surgido o surjan entre personas naturales o jurídicas, sobre materias respecto de las cuales tengan la libre disposición. Mientras el artículo 29 establece las siguientes materias como de arbitraje prohibido:

- 1) Las causas criminales, excepto en lo relativo a la responsabilidad civil proveniente del delito.
- 2) Los alimentos futuros.
- 3) Aquellos conflictos relacionados con el estado civil de las personas, excepto en lo relativo al régimen patrimonial atinente con éste.
- 4) Las cuestiones sobre las cuales haya recaído sentencia judicial firme.
- 5) Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Público en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos.
- 6) En general, todos aquellos conflictos que no sean susceptibles de transacción.

El Código Civil Hondureño, en sus artículos 2004, 2005 y 2006, prohíben la transacción (y en concordancia con el número anterior, la prohibición se hace extensiva al sometimiento del conocimiento del asunto a árbitros) respecto al estado civil de las personas, sobre alimentos futuros a personas a quienes se deba por ley y sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen.

El artículo 34 del Decreto 161-2000 clasifica al arbitraje en cuanto a las reglas del procedimiento en ad-hoc e institucional, y en cuanto a su naturaleza en de derecho, de equidad y técnico.

Respecto a los requisitos para ser árbitro, el artículo 43 dispone que solo las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles podrán ser designados como árbitros.

Cuando el arbitraje haya de decidirse con sujeción a derecho, los árbitros deberán ser profesionales del derecho. Cuando el arbitraje se deba resolver conforme a normas o principios técnicos, los árbitros deberán ser expertos en el arte, profesión u oficio respectivo.

Las partes podrán establecer requisitos o condiciones adicionales para los árbitros en el convenio arbitral.

El artículo 45 del Decreto regula el nombramiento de los árbitros y señala que las partes podrán designar los árbitros de manera directa y de común acuerdo o delegar en un tercero, persona natural o jurídica, la designación parcial o total de los árbitros. A falta de acuerdo de las partes o de no designación de los mismos por el tercero o terceros delegados, los árbitros serán designados por la institución arbitral que corresponda, cuando se trate de arbitraje institucional, o por cualquiera de las instituciones arbitrales que estuviere legalmente establecida en el lugar del domicilio donde habrá de llevarse el arbitraje, a solicitud de cualquiera de las partes.

Las partes determinarán el número de árbitros que, en todo caso, será impar. A falta de acuerdo de las partes los árbitros serán tres si la controversia es de mayor cuantía, o uno si es de menor cuantía (Decreto N°161-2000, art. 42).

En cuanto a las prohibiciones, no podrán actuar como árbitros quienes tengan con las partes o sus apoderados alguna de las causas de abstención y de recusación que establecen las reglas procesales.

Tampoco podrán actuar como árbitros, los jueces, magistrados, fiscales, y quienes ejerzan funciones públicas, excepto las vinculadas con la docencia (Decreto N°161-2000, art. 44).

Los árbitros designados por las partes tan solo podrán ser recusados de manera inmediata y por causales que sobrevengan a su nombramiento, de acuerdo a lo establecido en el artículo 49 del Decreto.

k. Designación de Árbitros en Ecuador.

La Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM) de 2006 reglamenta el arbitraje en Ecuador, definiéndolo en su artículo 1° como un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.

Así, constituyen materia arbitral todos aquellos bienes y derechos de contenido patrimonial sobre los cuales, las partes tienen capacidad legal para disponer libremente de ellos, bienes y derechos éstos, cuya existencia y disposición no deben ser contrarios a la ley, al orden público ni a las buenas costumbres.

No pueden ser objeto de convenio arbitral: los asuntos relacionados con el estado civil de las personas (C.C., art 2352); derechos a alimentos futuros de personas a quienes se deba por ley (C.C., art. 2353); derechos ajenos y derechos que no existen (C.C., art. 2354); sobre la acción penal por la comisión de un delito (C.C., art. 2351); sobre litigio ya terminado con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (C.C., art. 2357); los derechos de contenido personal, por no se transigibles.⁸⁸

Son características del arbitraje según la ley ecuatoriana: ser un mecanismo de solución de conflictos; presentes o futuros; susceptibles de transacción; las

⁸⁸ SALCEDO, Ernesto. El Arbitraje: la justicia alternativa. Guayaquil, Ecuador. Distrilib. 2007. 130p

decisiones son tomadas por el árbitro o los árbitros; tiene su origen en la voluntad de las partes; sustrae la controversia del ámbito de la competencia judicial; el laudo es definitivo e inapelable.⁸⁹

La Ley realiza dos clasificaciones del arbitraje. Primero, en su artículo 2, señala que puede ser administrado o independiente. Es administrado cuando se desarrolla con sujeción a la LAM y a las normas y procedimientos expedidos por un centro de arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley.

La segunda clasificación se encuentra en el artículo 3 y se refiere a que el arbitraje puede ser de equidad o derecho. Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados. Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados.

El artículo 4 de la LAM dispone que podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir. En relación directa con esta norma, el artículo 2349 del Código Civil prescribe que no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción. Ernesto Salcedo⁹⁰ explica esta regla señalando que “tiene capacidad para disponer aquella persona natural o jurídica que tiene capacidad para desprenderse de un derecho, renunciando a él o pudiendo transferirlo o enajenarlo a otra, es la que tiene capacidad para celebrar válidamente el convenio de arbitraje”. El artículo 1463 del Código Civil señala quienes son incapaces para el derecho ecuatoriano, estableciendo que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Y son

⁸⁹ SALCEDO, Ernesto. El Arbitraje: la justicia alternativa. Guayaquil, Ecuador. Distrilib. 2007. 51p

⁹⁰ SALCEDO, Ernesto. El Arbitraje: la justicia alternativa. Guayaquil, Ecuador. Distrilib. 2007. 124p.

relativamente incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas.

El nombramiento de los árbitros se encuentra regulado en el artículo 16 de la LAM, norma que establece lo siguiente:

“De no existir acuerdo total en la audiencia de mediación, el director del centro de arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros, para que de común acuerdo designen en el término de tres días los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal.

Los acuerdos parciales a que arriben las partes en la audiencia de mediación serán aprobados conforme a lo previsto en el artículo anterior.

Las partes, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro.

Las partes podrán acordar expresamente y por escrito que sea un solo árbitro el que conozca de la controversia. Este árbitro tendrá su alterno.

Si las partes no efectuaren la designación de alguno o varios árbitros o no se pusieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo, para lo cual el director del centro de arbitraje notificará a las partes a fin de que, en la fecha y hora que se señale y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el sorteo, de cuya diligencia se sentará el acta respectiva, quedando en esta forma legalmente integrado el tribunal de arbitraje.

En tratándose de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deban integrar el tribunal.

Si las partes no se pusieren de acuerdo para nombrar todos los árbitros, los designados, una vez posesionados, nombrarán a los que faltaren.

En el evento de que el árbitro o árbitros independientes no aceptaren o no se posesionaren de su cargo y los árbitros posesionados no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de los árbitros que faltaren, cualquiera de las partes podrá pedir la designación de éstos al director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor. Dicha designación se la hará conforme a lo establecido en el presente artículo.”

El artículo 19 de la LAM regula las inhabilidades para ser árbitro de la siguiente manera:

“No podrán actuar como árbitros las personas que carezcan de capacidad para comparecer por sí mismas en juicio.

Son causas de excusa de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.

El árbitro que conociera que está incurso en inhabilidad para ejercer su cargo notificará inmediatamente al director del centro de arbitraje o a las partes que lo designaron para que procedan a reemplazarlo.”

Respecto a las recusaciones, son causas de recusación de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces (LAM, art. 21).

El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables (LAM, art. 38).

I. Designación de Árbitros en México.

El arbitraje en México se encuentra regulado en Título Cuarto del Libro V del Código de Comercio.

El artículo 1426 del Código dispone que las partes pueden determinar libremente el número de árbitros. A falta de acuerdo, será un solo árbitro.

El procedimiento de designación se encuentra reglado en el art. 1427 del Código, norma que establece las siguientes reglas:

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.

2. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento de los árbitros.

3. A falta de tal acuerdo:

a) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no logran ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el juez;

b) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro, y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días siguientes contados a partir de su nombramiento, la designación será hecha, a petición de cualquiera de las partes, por el juez.

Respecto a las recusaciones, el artículo 1428, inc. 2° establece que un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualidades convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación. La doctrina mexicana ha señalado que la frase “circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia” se consideró lo suficientemente amplia como para cubrir cualesquiera causales específicas para recusar jueces o árbitros bajo los derechos nacionales distintos.⁹¹

Las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto por la ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado (C. Com., art. 1435).

m. Designación de Árbitros en Guatemala

⁹¹ GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. Arbitraje. México. Editorial Porrúa, 2004. 176p

Se reglamenta la institución del arbitraje en la Ley de Arbitraje, Decreto Número 67-95, que en su artículo 3 establece las materias que pueden ser objeto de arbitraje:

1. Casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición conforme a derecho.
2. Casos en que, por disposición de otras leyes, se permita el procedimiento arbitral.

La ley señala como materias de arbitraje prohibido:

- a. Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme, salvo los aspectos derivados de su ejecución.
- b. Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan libre disposición.
- c. Cuando la ley lo prohíba expresamente o señale un procedimiento especial para determinados casos.

Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros. A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres, salvo que el monto en controversia no exceda de cincuenta mil quetzales, en cuyo caso, a falta de acuerdo, el árbitro será uno (Ley de Arbitraje, art. 13).

Respecto a las calidades para ser árbitro, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje señala que pueden ser árbitros las personas individuales que se encuentren, al momento de su aceptación, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro. No podrán ser nombrados árbitros los miembros del Organismo Judicial. Tampoco podrán serlo quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención, excusa y recusación de un juez.

El artículo 15 regula el proceso de nombramiento de los árbitros, en los siguientes términos: Las partes podrán acordar libremente o someter al reglamento de la entidad encargada de administrar el arbitraje, el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros. A falta de tal acuerdo, se deberá proceder de la siguiente manera:

a. En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; luego, entre los tres árbitros, designarán a quien fungirá como presidente del Tribunal Arbitral, y si no logran ponerse de acuerdo, ejercerá como Presidente el de mayor edad. Si una parte no nombra al árbitro dentro de un plazo de quince días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los quince días siguientes contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal competente.

b. En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro luego de transcurridos quince días desde que se hizo el primer requerimiento para ello, éste será nombrado a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal competente

Sobre las recusaciones de los árbitros en Guatemala, la Ley de Arbitraje, en su artículo 16, dispone que un árbitro solo podrá ser recusado, si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.

Las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado (Ley de Arbitraje, art. 24).

CONCLUSIONES

- Actualmente existen distintos sistemas de nombramiento de jueces, cada uno presenta ventajas y desventajas en su aplicación al momento de ofrecer a la sociedad un buen servicio judicial.

- La designación de árbitros ofrece significativas ventajas comparativas respecto a los tribunales estatales, como la posibilidad de someterse a un procedimiento más rápido, ante jueces más especializados en la materia de la que trate el litigio y la privacidad con la que se desarrolla el proceso. A contrario sensu presenta desventajas que no pueden obviarse como la necesidad de remunerar al árbitro (los jueces estatales son de funcionamiento gratuito) y la privación de garantías que pueden sufrir los litigantes. No obstante lo anterior, cada día su aplicación es más utilizada y, como vimos, se ha ido progresivamente regulando esta materia en cada una de las legislaciones estudiadas, a fin de que su empleo se vea facilitado y se aseguren las garantías mínimas que deben existir en todo procedimiento judicial.

- La designación de jueces hecha por elección popular es un sistema más criticado que elogiado por la doctrina, en especial por la naturaleza de la función jurisdiccional, que exige funcionarios técnicos y no políticos. Un juez que depende de sus electores, vería afectada enormemente su imparcialidad. Por último, señalamos que la elección directa de los jueces por el pueblo es un tema de difícil instrumentación, en la práctica, por la posible politización de un poder esencialmente técnico. En la práctica, este sistema tiene muy poca utilización actual, salvo en determinados estados de Estados Unidos, que lo mantienen como método de selección de sus jueces estatales.

- El sistema de nombramiento por el cual se entrega la potestad de nombrar jueces al legislador, tampoco recibe mucha aplicación práctica, en especial por el

hecho de politizar de sobremanera al Poder Judicial y hacerlo un órgano directamente dependiente del Legislativo. Por otro lado, presentaría la ventaja de entregar a un ente supuestamente bien preparado, serio y representativo de la comunidad, la trascendental misión de designar a los magistrados.

- Entregar la designación de los jueces al ejecutivo es un sistema cada día menos utilizado, por cuanto va en contra del principio de separación de poderes y, al igual que la elección popular de los jueces, obstaculiza a la independencia de la actividad jurisdiccional. Por la anterior es que la mayoría de las legislaciones que adoptan este sistema incluyen una evaluación de los jueces por parte de la ciudadanía (véase el caso de Japón) o simplemente lo hacen de una manera simbólica, toda vez que en la práctica, también participan otras autoridades en el nombramiento (caso de Canadá y Australia).

- El sistema de autogeneración, por medio del cual es el propio poder judicial quien prepara, designa e instala a sus jueces, cuenta con la gran ventaja de ser el único que asegura completamente la independencia del Poder Judicial respecto de los demás Poderes del Estado, por lo que actualmente es utilizado en varias legislaciones como mecanismo de selección de jueces. Se le critica el hecho de favorecer la existencia de un Poder Judicial con poco contacto con la actualidad, alejado de las necesidades sociales.

- Los sistemas mixtos son los que más se utilizan por los Estados actuales, toda vez que “amortiguan” los inconvenientes que cada uno de los sistemas anteriores presentan y evitan los abusos que se pueden producir al entregar a un solo organismo la facultad de designar jueces.

- Los resultados de la investigación realizada concluyen que los sistemas más utilizados actualmente son los sistemas mixtos de nombramiento y el de autogeneración (nombramiento hecho por el propio Poder Judicial). Considerando cada uno de los sistemas estudiados, los datos obtenidos son los siguientes: los sistemas mixtos son adoptados en 15 de los países estudiados; el de autogeneración

por el poder judicial se incluye en 10 legislaciones; la designación hecha por el ejecutivo está presente en 5 Estados; y los sistemas de elección popular de jueces y nombramiento hecho por el poder legislativos encontramos 4 países en que se aplicaban.

- Muchas legislaciones han incorporado instituciones autónomas (llamadas comúnmente Consejo de la Magistratura) encargadas del proceso de selección y nombramiento de magistrados, las que, de acuerdo a la experiencia en los países que los han instaurado, han profesionalizado estos procesos y evitado la posibilidad de abusos en las designaciones.

- Analizando las ventajas y desventajas que presenta cada uno de los sistemas estudiados, creemos que el más adecuado para un correcto desarrollo de la actividad judicial es el de autogeneración, por cuanto hemos explicado en este trabajo las importantes diferencias que existen entre la función judicial y las demás funciones que ejerce la administración del Estado. Por lo que consideramos que la intervención de órganos representativos en un Poder del Estado esencialmente técnico puede ocasionar graves distorsiones en el trabajo de los jueces.

- Creemos también que, no obstante lo anterior, todos los sistemas pueden ser regulados (y de hecho, vimos que en la mayoría de los casos, lo son) de manera que aseguren que no se cometerán abusos por la autoridad facultada con la potestad de nombramiento, y se garantice la existencia de jueces imparciales e independientes en el ejercicio de su función.

BIBLIOGRAFÍA

AYLWIN Azocar, Patricio. El juicio arbitral. Quinta edición. Santiago, Chile. Jurídica de Chile, 2005.

BIANCHI Astaburuaga, Juan Emilio. Del nombramiento de los jueces. Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho. 1961.

BORDALI Salamanca, Andrés. Organización judicial en el derecho chileno: un poder fragmentado. Revista chilena del derecho. 36 (2). 2009.

BUSTILLO Bolado, Roberto. Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento. Navarra, España. Editorial Aranzadi. 2003.

CAIVANO, Roque. Arbitraje. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina. Ad-hoc, 2000.

COUSO, Javier y ATRIA, Fernando, editores. La judicatura como organización. Santiago, Chile. Expansiva. 2007.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y PALOMO VELEZ, Diego, coordinadores. Proceso Civil: hacia una nueva justicia civil. Santiago, Chile. Jurídica de Chile, 2007.

DAMKE, Magaly. Arbitraje: Estudio jurídico del caso de Brasil. Tesis (Magíster en Derecho, mención en Derecho Internacional). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003.

FLORES Dapkevicius, Rubén. Manual de Derecho Público. Uruguay. La Ley. 2010.

GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. Arbitraje. México. Editorial Porrúa, 2004.

GUTIERREZ-ALVIZ Conradi, Faustino, Director. Justicia: poder y servicio público. Madrid, España. Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial

MUNNÉ CATARINA, Frederic. La administración del arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral. Navarra, España. Aranzadi, 2002

NOGUEIRA Alcalá, Humberto. La independencia del poder judicial: una condición y garantía estructural del Estado constitucional democrático. Gaceta Jurídica. 329, 2007

PAILLAS, Enrique. El arbitraje nacional e internacional privado. Santiago, Chile. LexisNexis. 2003

PICAND Albónico, Eduardo, coordinador. Estudios de Arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar. Santiago, Chile. Jurídica de Chile, 2007.

PUCCI, Adriana. Arbitraje en los países del Mercosur: Medio alternativo de solución de conflictos. Buenos Aires, Argentina. Ad-hoc. 1997.

Reporte sobre la justicia en las Américas 2006-2007. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. Santiago, Chile. CEJA. 2007.

RIESCO Gálvez, Antonio. Nombramiento de los jueces y demás funcionarios judiciales. Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de ciencias jurídicas y sociales. 1934.

RODRIGUEZ Mendoza, Fernando. Procedimiento Arbitral. Santa Cruz de la Sierra, El País, 2004.

RODRIGUEZ R., Libardo. Estructura del poder público en Colombia. Undécima edición. Bogotá, Colombia. Temis. 2009.

ROMERO Seguel, Alejandro. Nociones generales sobre la justicia arbitral. Revista chilena de derecho. 26(2). 1999.

ROMEROSeguel, Alejandro. La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral. Revista chilena del derecho. 28 (3). 2001.

ROSALES García, Carlos Manuel. Análisis del Consejo de la Judicatura Federal como órgano del gobierno del Poder Judicial Federal. Tesis para obtener el título de licenciado en derecho. México. Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, 2004.

SALCEDO, Ernesto. El Arbitraje: la justicia alternativa. Guayaquil, Ecuador. Distrilib. 2007.

SEPULVEDA BUSTOS, José Armando. Sistemas de nombramiento de los jueces. Tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 1977.

VARGAS, Juan y GORJÓN, Francisco (Coordinadores). Arbitraje y Mediación en las Américas. Nuevo León, México. Universidad Autónoma de Nuevo León. 2006.

