



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Público

**TRIBUNALES CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS:
UNA REVISIÓN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO CHILENO
DESDE UN ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.**

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

AUTOR:

Antonio Olivares Contreras

Profesor Guía:

Raúl Letelier Wartenberg

Santiago, Chile,

2019

Esta tesis ha sido desarrollada en el marco del proyecto FONDECYT regular número 1161037, a cargo del profesor de la Universidad de Chile Raúl Letelier Wartenberg.

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, por su constante preocupación y apoyo durante toda la vida, y por estar siempre presentes.

A Florencia, por su apoyo y amor desbordantes. Gracias a su avanzado inglés, leer y escribir para esta tesis fue más llevadero de lo que esperaba.

Al profesor Raúl Letelier, por su aguda y dedicada guía y prolijos comentarios durante este largo proceso.

A mis amigas y amigos, por el apoyo y su permanente presencia.

TABLA DE CONTENIDO

Agradecimientos	v
Tabla de contenido.....	vii
Resumen.....	ix
Abstract.....	ix
Introducción.....	1
1. Generalidad y fraccionamiento en los contenciosos administrativos	5
1.1. Abandono de la generalidad e implementación de contenciosos administrativos especializados.....	5
1.2. Tribunales contenciosos administrativos especiales.	8
1.3. El beneficio de la Especialidad.	11
1.1.1. La calidad de la decisión judicial.....	11
1.1.2. La uniformidad de la jurisprudencia.....	29
1.1.3. La rapidez en la tramitación.....	31
2. La inecuación de la especialidad.....	37
2.1 La política pública de los Tribunales Contencioso Administrativos: Beneficios y Costos.....	37
2.1.1 Beneficios.....	37
2.1.2 Costos.....	39
3. Análisis de las variables.	47
3.1 El riesgo de Sustitución de la Política Pública.....	47
3.2 El revisor del revisor.	50
3.3 La calidad de la decisión: el conocimiento especializado.....	52
3.4 La probabilidad de captura.....	60
3.5 Los problemas de competencia.	62
3.6 Algunos costos de la especialidad.	65
3.7 La falacia en la comparación de la especialidad y la generalidad.....	68

4.	Conclusiones y la evaluación final.	71
5.	Bibliografía	77

RESUMEN

TRIBUNALES CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS: UNA REVISIÓN DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO CHILENO DESDE UN ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.

El presente artículo realiza un análisis económico de la política pública que fluctúa entre el establecimiento de tribunales contenciosos administrativos especializados y una estructura general de justicia administrativa en Chile. Desarrolla variables con el fin de construir una inequidad que permita poner de manifiesto los beneficios y costos de la actual estructura especializada de tribunales contenciosos administrativos, para evaluar, finalmente, el desarrollo de la política pública que estableció la actual estructura en desmedro de una generalista.

Palabras claves: *Contencioso administrativo, justicia administrativa, análisis económico del derecho.*

ABSTRACT

ADMINISTRATIVE JUSTICE: A REVIEW OF CHILEAN ADMINISTRATIVE JUSTICE FROM LAW & ECONOMICS

The present article makes an economic analysis of the public policy that fluctuates between the establishment of specialized administrative courts and a general administrative justice's structure. It develops variables in order to construct an inequality that allows to show the benefits and costs of the current specialized administrative court's structure, to finally evaluate the development of the public policy that established the current structure to the detriment of a general one.

Key words: *Administrative litigation, administrative justice, economic analysis of law / Law & Economics.*

INTRODUCCIÓN

A finales del siglo XX, se comienza a dar concreción a un gran ausente del derecho administrativo chileno durante todo aquel siglo: los tribunales contenciosos administrativos. Durante años se dejó de lado el desarrollo de un proyecto institucional que estableciera la justicia administrativa y permitiera a los ciudadanos reclamar del ejercicio del poder de la administración ante los tribunales. Sin embargo, desde los años noventa, hasta la actualidad, los tribunales contenciosos administrativos se han ido paulatinamente estableciendo. No obstante, su desarrollo no ha sido sistemático ni muy organizado, se han establecido diversos tribunales que responden a específicas áreas contenciosas administrativas particulares, dejando a un lado el anhelo de una estructura de justicia administrativa general.

El desarrollo de los anteriores tribunales pasó por una decisión de política pública. En algún momento, luego de decidir que los tribunales debían crearse, se tuvo que definir su diseño estructural. Desde luego, se tuvo dos opciones claras, crear una estructura general que contenga todos los contenciosos del área administrativa, o bien, crear distintos tribunales especializados que conocieran de conflictos administrativos referidos a ciertas áreas de mayor necesidad, o interés económico. La decisión, mirada desde la actualidad, parece ser bastante clara. La planificación de la política pública decidió inclinarse por la creación de varios tribunales especializados y despreñar la opción de una estructura general.

Esta tesis analizará aquella opción de política pública, la decisión de elegir una de las dos alternativas enunciadas. Para llevar a cabo esto, revisaré la decisión desde un análisis económico, desde el cual la evaluación de la decisión se basará en un análisis de costos y beneficios de ambas opciones. Lo que se sostiene como premisa fundamental de este análisis es que al minuto de optar por alguna de las opciones se valoraron tanto los beneficios y costos de la creación de tribunales especializados, como los beneficios y costos de una estructura general. De tal modo, que racionalmente se debió optar por aquella que en la sumatoria final presentaba menores costos en el sistema.

Es así que lo que se realizará en la presente tesis es reconstruir una inecuación que represente la política pública analizada, de manera tal que en un lado de ella se logren expresar las distintas variables que muestran los beneficios que reporta haber elegido una justicia administrativa especializada, y en el otro lado de ella, se expresen los costos aparejados a la justicia administrativa especializada. Una reconstrucción en esos términos,

podría mostrar las distintas variables que se tuvieron en juego al minuto de tomar la decisión y permitiría evaluar si efectivamente los beneficios fueron, o son, mayores que los costos que implica dicha decisión.

Por consiguiente, la presente tesis se estructura de la siguiente manera. Un primer acápite revisa la generalidad en el contencioso administrativo y el fraccionamiento de la justicia administrativa, introduciéndose en las distintas leyes que crearon a cada tribunal que actualmente existe dentro del área y analizando sucintamente algunos otros ejemplos de especialización dentro de la administración. Con posterioridad, se revisan los denominados beneficios de la especialidad, aquellas características o variables que suelen ser atribuidas como positivas y propias de los tribunales especializados. Por ejemplo, se señala una mejor calidad de la decisión judicial, o una mayor uniformidad en las sentencias y una tramitación más rápida y expedita. Cada una de estas variables será analizada para revisarla como un beneficio de la estructura de justicia administrativa, presentando algunos datos que apoyan las tesis planteadas al interior del acápite.

Un segundo acápite, reconstruirá la inecuación de la especialidad, aquella fórmula que debiera presentar al lector las variables que representan los beneficios y costos del establecimiento de diversos tribunales contenciosos administrativos especiales, permitiendo sopesar, quizá preliminarmente, si la toma de decisión fue correcta en términos del análisis económico. De esta manera, se sistematizarán los beneficios expresados en el capítulo anterior, y se esgrimirán los costos que implica esta estructura, por ejemplo, los costos de gestión, aquellos gastos en los que debe incurrir el Estado para que el tribunal funcione: una sede, personal, magistrados, etc.; o bien, los costos de acceso, los detrimentos patrimoniales que implica para un justiciable acceder a un tribunal especializado: el abogado, los peritos, el traslado, la competencia, etc.

Enseguida tendrá lugar el capítulo tercero, el cual se referirá a un análisis de las variables. En ella se expondrán algunas variables que a simple vista no son reconocidas cuando se analiza la política pública. Para hallarlas, se debe ahondar en nuestro sistema y pensar en la labor propia de la judicatura y de la administración en las políticas públicas. ¿Es esperable y razonable que un tribunal varíe la política pública definida por la administración? ¿Tiene sentido una primera instancia especializada y una segunda instancia general? ¿Existe una contradicción en el sistema? Distintas preguntas hacen surgir variables que parecieran no

haber sido consideradas al minuto de tomar la decisión de qué justicia administrativa definir para nuestro país. Éstas son desarrolladas en este capítulo.

De la misma manera, otras variables ya reconocidas en los acápite primero y segundo de la presente tesis, son analizadas con mayor profundidad en este tercer capítulo, o bien, son analizadas desde otra perspectiva no considerada anteriormente, lo que permite, probablemente, tener una visión distinta de la inecuación preliminar del capítulo segundo.

Gran parte de la construcción y elaboración de las variables y de la inecuación en su totalidad no encuentra un ejemplo similar en la literatura. Si se revisa en la literatura el análisis de las instituciones, de las políticas públicas o de las leyes, éste ha tendido a ser dogmático y exegético, es muy poco frecuente un análisis funcional de las instituciones, así como un análisis económico del derecho administrativo. Es por esto, que muchas variables no encuentran mayor respaldo en alguna literatura: pertenecen a una creación propia. Asimismo, la elaboración de la inecuación, con lo cual es posible que el respaldo doctrinario tienda a no ser tan vigoroso en la última sección de la tesis como sí lo puede ser en un comienzo.

Finalmente, con posterioridad al análisis de las variables, se presenta una evaluación final de la política pública analizada, una inecuación considerando todas las variables elaboradas en la tesis y algunas conclusiones alrededor de la evaluación entre una justicia administrativa con tribunales contenciosos administrativos generales, en contraposición con la estructura con que actualmente contamos: una estructura de tribunales contenciosos administrativos altamente especializados.

1. GENERALIDAD Y FRACCIONAMIENTO EN LOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS

1.1. Abandono de la generalidad e implementación de contenciosos administrativos especializados.

Los tribunales que ejercen la jurisdicción contenciosa administrativa¹ en nuestro sistema jurídico nacional son variados, no existiendo una línea claramente definida por el legislador bajo la cual se vaya construyendo el sistema de justicia administrativa en nuestro país². El actual resultado ha sido producto de un desarrollo discontinuo, no planificado y accidentado de la justicia administrativa durante nuestra historia³.

En el desarrollo legislativo y administrativo de nuestro país se ha divagado en el establecimiento de tribunales contenciosos administrativos⁴. La justicia administrativa se

¹ Para un análisis sobre la definición de los conflictos contenciosos administrativos véase: MORAGA, C. 2005. La jurisdicción contenciosa administrativa. El proceso jurisdiccional administrativo. En: Estado de Derecho y reformas a la Justicia. Santiago, Universidad de Chile. Pp. 106 - 120.

² El profesor Ferrada refiriéndose al establecimiento de los tribunales administrativos expone que: "Aparentemente, sólo las preferencias del legislador en cada momento explican la opción específica -repetiéndose esta tendencia irregular y episódica hasta el día de hoy-, lo que hace poco sistemática la configuración de la justicia administrativa en nuestro derecho". FERRADA, J. C. 2011. Los tribunales que ejercen la justicia administrativa en el Derecho Chileno. En: Arancibia Mattar y otros (coord.). Litigación Pública. Santiago, Thomson Reuters. P. 146

³ En el mismo sentido se presentó la discusión en la comisión de constitución del senado durante la tramitación del proyecto que, entre otras cosas, creaba el tribunal de contratación pública, durante noviembre de 2002. De esta manera, el Senador señor Silva expuso que "(...) el Gobierno ha definido como una de sus principales preocupaciones la modernización del Estado, sobre la cual ha consultado al Senado, que creó una Comisión especial para tal efecto; y, por otra parte, existe en el Ministerio de Justicia una comisión encargada de estudiar la creación de los tribunales contenciosos administrativos, para dar cumplimiento en mejor forma al inciso segundo del artículo 38 de la Constitución Política de la República. En esa medida, no resulta explicable que, en forma simultánea, sea el mismo Ejecutivo el que esté impulsando un proyecto de ley sobre bases de los procedimientos administrativos, ya despachado por esta Corporación; otro, sobre la creación de un tribunal especial, el de Defensa de la Libre Competencia; y un tercero, relativo a la creación de este otro tribunal especial para casos específicos de contratación pública, todos ellos respaldados por distintas Secretarías de Estado". BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2003a. Primer informe de la Comisión de Constitución del Senado, segundo trámite constitucional de la ley N° 19.886, 18 de noviembre de 2002. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5860/>> [Consulta: 8 de agosto de 2017].

Para profundizar sobre la organización judicial en general en Chile ver: BORDALÍ, A. 2009. Organización judicial en el derecho chileno: un poder fragmentado. Revista Chilena de Derecho. 36(2): 215 - 244.

⁴ Si se desea profundizar más sobre la historia, opiniones doctrinales y jurisprudencia que ha rodeado a los tribunales contenciosos administrativos hasta los primeros años de la constitución de 1980 y centrándose, sobre todo, en lo establecido en la constitución de 1925 y sus reformas, véase: JUNTA DE GOBIERNO. 1982. Los tribunales contenciosos administrativos: antecedentes para su estudio. Santiago, Armada de Chile. 440p. El texto analiza las discusiones en torno a los tribunales administrativos y recopila los textos doctrinales que abordaron el tema hasta la entrada en vigencia de la constitución de 1980.

consagró en la constitución de 1925⁵, en particular en la norma del artículo 87⁶, manteniéndose la estructura en la constitución de 1980⁷, y sólo siendo excluida con la reforma de 1989 a la constitución de 1980⁸. Sin embargo, a pesar de múltiples proyectos de ley que buscaron colocar en ejecución las normas constitucionales que establecían dichos tribunales, la situación en la práctica nunca se concretó⁹.

Si bien los órganos que tienen competencia para conocer de conflictos contenciosos administrativos son variados¹⁰ –jueces de letras en lo civil, jueces de letras con competencia común, Cortes de Apelaciones, Corte Suprema, Tribunales Especiales (tributarios y aduaneros, ambientales, etc.), entre otros– existe una clara tendencia del legislador hacia el establecimiento de tribunales contenciosos administrativos especializados que se aboquen al conocimiento de los conflictos entre los particulares y la administración.

Lo anterior, se genera producto de un debate u opción legislativa que tuvo que inclinarse por una, entre a lo menos, tres claras opciones: (i) mantener un régimen donde el conocimiento de los conflictos administrativos sean resueltos por los tribunales ordinarios civiles, (ii) establecer una justicia administrativa especial (tribunales administrativos) con competencia general que resolviera los conflictos, o bien, (iii) crear tribunales administrativos especiales que, con competencia delimitada, fueran conociendo de conflictos sobre materias específicas¹¹.

⁵ Para profundizar y conocer más sobre la historia de la justicia administrativa, y también la visión sobre ella con anterioridad a la constitución de 1925, ver: BORDALÍ, A. 2006. La administración pública ante los tribunales de justicia chilenos. *Revista Chilena de Derecho*. 33(1): 17 – 36.

⁶ El artículo 87 de la constitución de 1925 establecía que “Habrán tribunales administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley”.

⁷ El artículo 38 original de la constitución de 1980 establecía en su inciso segundo que “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

⁸ El profesor Rolando Pantoja, realiza un profundo análisis de las tesis doctrinarias y jurisprudenciales que hubo durante toda la época de ausencia de justicia administrativa en Chile: PANTOJA, R. 2005. La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile. *Revista de Derecho*. (13): 27 – 69.

Para conocer la divagación histórica sobre la creación de los tribunales contenciosos administrativos ver: PIERRY, P. 2000. *Tribunales Contencioso-Administrativos*. *Revista de Derecho*. 1(2): 97 – 116.

⁹ Para un análisis del tema: PANTOJA, R. 2001. La jurisdicción contencioso-administrativa. *Decisiones legislativas al año 2001*. Santiago, Universidad de Chile. 229p.

¹⁰ Un acertado análisis del tema en el texto ya citado a pie de página del profesor Ferrada: FERRADA, J. C. 2011. *Los tribunales...* *op. cit.* pp. 119 – 150.

¹¹ Un claro ejemplo de este debate, puede ser visto en la discusión del segundo trámite constitucional del proyecto que crea el tribunal de contratación pública: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2003a. Segundo trámite

En consecuencia, considerando la redacción de la constitución con posterioridad a la reforma del año 1989, en específico en cuanto a su artículo 38, quedan abiertas “las opciones legislativas a la existencia de jurisdicciones especializadas generales o particulares o la propia jurisdicción ordinaria, para conocer de los asuntos contenciosos administrativos, las que podrán actuar dentro o fuera del Poder Judicial”¹². Bajo el supuesto de la necesidad de creación de tribunales contenciosos administrativos, el debate se reduce a los dos últimos puntos señalados en el párrafo anterior: si se creará una estructura judicial general que contenga a todos los contenciosos administrativos, o bien, si se crearán diferentes tribunales especializados y con competencias delimitadas que conozcan de materias contenciosas administrativas particulares.

Pareciera ser clara la actual inclinación y tendencia del legislador hacia el establecimiento de tribunales especializados en desmedro de tribunales con competencia general, siendo esta última idea completamente abandonada desde la óptica legislativa¹³.

Así, se han establecido: Tribunales Tributarios y Aduaneros, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Tribunal de Compras y la Contratación Pública, Tribunal de Propiedad Industrial, Tribunales Ambientales, y otros organismos cuya naturaleza se discute como la Comisión de Expertos en materia sanitaria. En efecto, ha proliferado una serie de tribunales especializados que buscan resolver los conflictos que se suscitan en determinadas áreas entre particulares y la administración, anulando completamente la opción del establecimiento de tribunales administrativos generales.

Esta decisión del legislador de optar por uno u otro sistema de justicia administrativa no es baladí, entendiéndose que su actuar racional debe obedecer a criterios que demuestran mayores ventajas ante el establecimiento de una u otra opción. En otras palabras, la política pública que crea los tribunales especiales toma en consideración ciertos criterios que implican

constitucional ley N° 19.886. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5860/>> [Consulta: 22 de septiembre de 2017].

¹² FERRADA, J. C. 2011. Los tribunales... *op. cit.* P. 131. En el mismo sentido: ANDRADE, C. 2002. Reforma de la constitución política de la república de Chile de 1980. 2ª ed. Santiago, editorial jurídica de Chile. Pp. 216 y ss.

¹³ “No existe una organización de la justicia administrativa, con competencia general para conocer todos los conflictos de naturaleza administrativa, que fuese paralela a otros tribunales especiales (como los tribunales civiles o penales y otros). La creación de esta justicia especializada para todo caso de naturaleza administrativa (esto es, para todas las acciones típicamente administrativas: nulidad y responsabilidad) ya no está siquiera en los planes legislativos, en que se proyecte crear unos tribunales del contencioso administrativo, con competencia general en esta materia, y que funcionase en paralelo a las otras formas de justicia especial”. VERGARA, A. 2011. Esquema del contencioso administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del recurso de protección. En: Arancibia Mattar y otros (coord.). Litigación Pública. Santiago, Thomson Reuters. P. 45

que su creación reporta mayores beneficios –así como menores costos– que los que reporta la creación de una justicia administrativa general –al menos así debiera considerarse desde un análisis económico y racional–.

1.2. Tribunales contenciosos administrativos especiales.

Cuando se hace mención a los tribunales especiales contenciosos administrativos, se está refiriendo a la jurisdicción contenciosa administrativa, a los órganos judiciales encargados de

“(…) proveer de tutela judicial efectiva de los derechos de particulares en sus vínculos con la Administración, cuando ésta ha actuado contraviniendo el ordenamiento jurídico, llevando al juez a anular un acto, condenar a pagar una suma a la Administración por los daños que pudo ocasionar o reconocer una situación jurídica concreta (…)”¹⁴.

Corresponde a “aquella parte de la función administrativa, en oposición a la propiamente de ejecución que consiste en resolver las contiendas producidas entre ella y los administrados, como consecuencia de los actos de aquella (…)”¹⁵.

El profesor Vergara Blanco estima que el modelo chileno de justicia administrativa “se ha orientado hacia un modelo mixto de justicia administrativa pluriforme e hiperespecializada”¹⁶, debido a la existencia de distintos tribunales contenciosos administrativos en nuestro sistema jurídico.

La especialización administrativa no encuentra su manifestación tan sólo en los tribunales contenciosos administrativos, sino que también se presenta dentro de las propias agencias administrativas, donde es posible encontrar instancias para la solución de conflictos entre la administración, las empresas reguladas y los particulares. La especialización, en consecuencia, se presenta como una tendencia del área administrativa, en la que, con el paso del tiempo, van surgiendo nuevas instituciones para áreas particulares, se establecen órganos

¹⁴ CORDERO, L. 2015. Lecciones de derecho administrativo. Santiago, Thomson Reuters. P. 616.

¹⁵ SILVA, E. 1959. Derecho Administrativo. Santiago, Editorial Universitaria S.A. Tomo II. P. 384. En un sentido similar VARAS, G. 1940. Derecho Administrativo. Santiago, Editorial Nascimento. P. 370 y ss; COSCULLUELA, L. 2004. Manual de Derecho Administrativo. 15ª edición. Madrid, Thomson Civitas. Tomo II. Pp. 503 y ss.

Los tribunales contenciosos administrativos, han sido definidos como “(…) órganos que adoptan la forma de un tribunal de jurisdicción ordinario sujetos a la superintendencia directiva de la Corte Suprema y que, como tales, han sido de alguna manera la respuesta más directa del legislador a la inexistencia de un tribunal contencioso administrativo común”. LARA, J. L. 2011. Algunas reflexiones sobre el contencioso administrativo en Chile. En: Arancibia Mattar y otros (coord.). Litigación Pública. Santiago, Thomson Reuters. P. 76.

¹⁶ VERGARA, A. 2014. El nuevo paradigma de jurisdicción administrativa pluriforme e hiperespecializada: crónica de una espera, como la de Godot. Anuario de Derecho Público. Universidad Diego Portales. P. 269.

de la administración con competencias exclusivas y de alto contenido técnico y, en ocasiones dentro de ellas, entidades que se dedican a solucionar los conflictos del área.

Un ejemplo de lo anterior, es la “comisión arbitral” establecida en la ley de concesiones públicas¹⁷, la cual se encarga de resolver los problemas de interpretación, aplicación y ejecución que existan del contrato de concesión pública por alguna de las partes. Su resolución tiene el carácter de sentencia y no procede recurso alguno en su contra. Además, es integrada por tres miembros, dos de los cuales deben ser abogados y un tercero que debe ser profesional universitario. Para la integración se confeccionan dos listas, una de abogados realizada por la Corte Suprema, y una de profesionales del área, realizada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, siendo finalmente elegidos los integrantes por las partes del conflicto¹⁸.

Como es apreciable, la integración misma de la comisión arbitral denota la especialización y el matiz con que se quiere se analice el problema que surja, no sólo desde un punto de vista jurídico, sino que también desde el punto de vista de la ciencia técnica que va inmersa en el área específica. Esta situación, es completamente similar a la que se produce en los tribunales especializados, donde la integración de varios de ellos, no sólo convoca a abogados, sino también a especialistas del área que conoce el tribunal.

Un segundo ejemplo también es clarificador de la tendencia a la especialización. El 23 de febrero de 2017 se publicó la ley 21.000 que reemplaza el decreto ley N° 3.538, de 1980, del ministerio de Hacienda que creó la Superintendencia de Valores y Seguros, estableciéndose una “Comisión para el mercado financiero”, la cual debiera entrar en funcionamiento 18 meses después de la dictación de la ley, esto es en septiembre del año 2018. Se trata de un servicio público descentralizado, técnico y cuya función es velar por el correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero.

La ley mencionada, buscó separar las funciones de investigación y sanción que tenía la Superintendencia de Valores y Seguros, para lo cual estableció el cargo de fiscal, quien se encuentra encargado de la investigación, correspondiéndole a la comisión la imposición de la sanción si tiene la convicción de que la entidad fiscalizada cometió una infracción. Esta

¹⁷ Específicamente en el artículo 36 bis, del decreto supremo N° 900 del ministerio de obras públicas, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 164, de 1991 del mismo ministerio, que establece la ley de concesiones públicas.

¹⁸ Para una mayor profundidad en el tema ver: IBARARA-CORONADO, R. 2011. La ley de concesiones públicas chilena en el tiempo. *International law: revista colombiana de derecho internacional*. (9): 183 – 222.

comisión es otra muestra de la especialización administrativa para la resolución de conflictos, conformada por 5 miembros de “reconocido prestigio profesional o académico”¹⁹ para resolver las contiendas que se produzcan en el mercado financiero. Analizados dos ejemplos que dan cuenta de la especialización administrativa, es pertinente, a continuación, analizar los tribunales contenciosos administrativos.

Con la publicación de la ley N° 19.039 de 25 de enero de 1991, se crea el “Tribunal Arbitral de Propiedad Industrial”. Si bien, en su versión original, su categoría de tribunal podría ser discutida, lo cierto es que correspondía a una segunda instancia administrativa ante la cual se apelaba lo dictaminado por el jefe del departamento de propiedad industrial.

Posteriormente, la ley N° 19.039, será modificada por la ley N° 19.996 de 11 de marzo de 2005, dando paso al cambio del nombre del tribunal, denominándose “Tribunal de Propiedad Industrial”, y explicitándose en el artículo 17 bis c, del DFL 3 de 06 de febrero de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley de propiedad industrial, que el Tribunal “es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuyo asiento estará en la ciudad de Santiago”.

En consecuencia, teniendo en consideración su creación en el año 1991, el Tribunal de Propiedad Industrial fue el primer tribunal contencioso administrativo especial de la legislación nacional, quedando su estructura completamente asentada sólo con su modificación en el año 2005.

Posteriormente, con la ley N° 19.886 de 30 de julio del año 2003, se crea el Tribunal de Contratación Pública, el cual, al igual que el anterior, se encuentra sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. El tribunal, de acuerdo al artículo 24 de la ley citada, es competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos que se rijan por la mencionada ley.

Con la ley N° 19.911, de 14 de noviembre del año 2003, que modifica el DL. 211, de 1973, que fijó las normas para la defensa de la libre competencia, se crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, regulado desde esta ley por el título segundo del DL ya mencionado. El Tribunal fue definido por el artículo 7° como un órgano jurisdiccional especial, e

¹⁹ Artículo 9 de la ley 21.000.

independiente y, al igual que los anteriores, sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, teniendo su única sede en la ciudad de Santiago.

Mediante la ley N° 20.322, de 27 de enero de 2009, se establece la ley orgánica de los Tribunales Tributarios y Aduaneros, tal como los anteriores, especiales e independientes y sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

Finalmente, con la ley N° 20.600, de 28 de junio de 2012, se cierra, hasta el momento, el catálogo de tribunales contenciosos administrativos especiales, con la creación de los Tribunales Ambientales, los cuales se encuentran igualmente sometidos a las superintendencias de la Corte Suprema.

1.3.El beneficio de la Especialidad.

Múltiples beneficios se han advertido en la implementación de tribunales especiales contenciosos administrativos. El profesor Alejandro Vergara Blanco, sostiene que frente a la regulación de los servicios públicos (que son otorgados por privados) existente actualmente, y ante las labores de fiscalización y sanción por parte de la Administración del Estado, “la justicia administrativa <<especializadísima>>, conformada por tribunales hiperespecializados, ha venido a completar el nuevo modelo regulatorio chileno, en el cual encuentra plenamente su justificación”²⁰. Enseguida, esboza ciertas características que a su juicio son atribuibles a este tipo de tribunales:

“Con su creación, ciertas lagunas e incoherencias de la competencia genérica de los tribunales ordinarios han sido superadas y se ha logrado enfrentar adecuadamente la especialidad, la rapidez, la tecnicidad y la complejidad que presenta y requiere la resolución de conflictos en esas áreas específicas”²¹.

1.1.1.La calidad de la decisión judicial.

Se alude de forma general, a un alto contenido técnico de los temas a tratar, lo que en buena forma sería abordado por un tribunal en el que los magistrados han dedicado su carrera a estudiar dicha área y, por ende, son especialistas en el conflicto jurídico sometido a su conocimiento. En el caso de los Tribunales Ambientales, el proyecto de ley enviado el año

²⁰ VERGARA, A. 2014. El nuevo... *op. cit.* P. 285.

²¹ *Ibíd.*

2009, establecía como característica del Tribunal Ambiental su integración mixta, a saber, tres abogados y dos economistas, como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

“La razón de ésta (sic) integración está en que las cuestiones ambientales se mueven en un espacio de conocimiento altamente especializado, pero también incierto, por lo cual no sólo es razonable que puedan resolver las discrepancias los jueces letrados, si no (sic) que también quienes no invisten tal calidad, pero que disponen de otra especialización que contribuye a una razonable y acabada decisión de los asuntos ambientales”²².

Por su parte, el mensaje del proyecto que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia establecía que “la combinación de especialidades de sus integrantes permite asegurar la solvencia técnica, legal y procedimental en el tratamiento de los temas sometidos a su conocimiento”²³. Agregaba, que la nueva estructura garantizaría, a través del método de elección de los integrantes del tribunal, que éstos reúnan requisitos de “excelencia profesional y de alta dedicación”²⁴ para su cargo, y se añadía que

“la excelencia y maestría son condiciones esenciales que necesariamente se deben exigir a los integrantes del Tribunal de Defensa de la Competencia, en tanto organismo máximo sobre la materia, siendo el concurso público de antecedentes la mejor manera de conseguir a los más destacados expertos en el área”²⁵.

En otras palabras, se reconocía como un área del derecho de alta complejidad y de conocimiento técnico y especializado que requiere de profesionales capacitados en la materia para arribar a una decisión acertada²⁶.

²² CHILE. Mensaje 1419-357, de 28 de octubre de 2009. Proyecto que crea el Tribunal Ambiental. P. 10.

²³ CHILE. Mensaje 132-346, de 17 de mayo de 2002. Proyecto que Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. P. 10.

En el mismo sentido se expresa, ante la comisión de economía del Senado, el ministro de economía de la época: Jorge Rodríguez Grossi, quien expuso que “desde un punto de vista práctico, la experiencia muestra que la participación de profesionales con formación en Economía ha permitido que los pronunciamientos de las Comisiones estén dotados de una imprescindible solidez técnica”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2003b. Informe de la Comisión de Economía del Senado, primer trámite constitucional de la ley N° 19.911, sesión 22, legislatura 347, 13 de agosto de 2002. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5814/>> [Consulta: 10 de agosto de 2017].

²⁴ CHILE. Mensaje 132-346... *op. cit.* P. 10.

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ A mayor abundamiento, la Corte Suprema, en oficio N° 001471 de 20 de junio del año 2002, dirigido al Senado de la República, con ocasión del proyecto de ley que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señala que “La integración del Tribunal que se propone por licenciados en ciencias jurídicas y sociales y en ciencias económicas, no parece ser adecuada; por la relevancia de las materias que deberán conocer, merecería establecer la exigencia que sean esos cargos servidos por reales profesionales de las respectivas ramas”. Es decir, a pesar de no

En la misma línea, durante la discusión de las indicaciones presentadas por los legisladores y por la presidencia, en las comisiones unidas de constitución, legislación, justicia y reglamento y la de economía, acerca de la integración del tribunal, señaló el informe emanado de dichas comisiones que

“hubo consenso entre los integrantes de las Comisiones Unidas en ese criterio [que los miembros del tribunal deben ser elegidos con dedicación exclusiva en el cargo], estimándose que debe exigirse a las personas que integren este Tribunal conocimiento y experiencia en las materias relacionadas con la libre competencia, a fin de lograr un organismo de alta calidad técnica”²⁷.

Con posterioridad, la discusión en los siguientes trámites constitucionales del proyecto, no se referirá a la especialidad y tecnicidad necesaria de los miembros del tribunal, sino a otros elementos no relevantes para los efectos de esta tesis.

Por otra parte, es pertinente destacar que durante la tramitación de la ley N° 19.039, que crea el “tribunal arbitral de propiedad industrial”, se presentaron varias discusiones en torno al artículo 17 que precisamente constituía al mencionado tribunal. Aprobado el proyecto en general como primer trámite constitucional, fue enseguida analizado por la Comisión de Economía, la cual –entre otras indicaciones– se refirió a una realizada por el diputado señor Rojo, quien proponía que los conflictos suscitados dentro de la propiedad industrial fueran conocidos por un tribunal civil a través de un procedimiento sumario²⁸, y no por este nuevo tribunal especial que se creaba. La comisión rechazó de forma unánime la indicación realizada, “por considerar que esta clase de juicios de oposición requieren de gran especialización para ponderar muchos elementos técnicos involucrados”²⁹ agregando que “tales juicios recargarían enormemente a los tribunales ordinarios, con las posibles demoras

encontrarse de acuerdo la posibilidad de que magistrados del tribunal no fueran abogados, la Corte estima que debe integrarse por personas especializadas en el área.

²⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2003b. Informe de comisiones unidas del Senado, primer trámite constitucional de la ley N° 19.911, sesión 37, legislatura 348, 11 de marzo de 2003. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5814/>> [Consulta: 10 de agosto de 2017].

²⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 1991. Historia de la ley 19.039. Establece normas aplicables a los privilegios Industriales y protección de los derechos de propiedad Industrial. Santiago, Chile. Obtenida en <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewjgzdvb-q_XAhXEijAKHfexBuYQFggoMAA&url=https%3A%2F%2Fwww.leychile.cl%2FNavegar%2Fscripts%2Fobtienearchivo%3Fid%3Drecursoslegales%2F10221.3%2F12821%2F5%2FH19039.pdf&usg=AOvVaw0b0nj8mWyl7rTSDnUhlLsl->> [Consulta: 5 de mayo de 2017]. P. 145.

²⁹ *Ibidem*.

consecuentes”³⁰. La misma indicación sería luego rechazada por la cámara de diputados. Con posterioridad, a través del oficio N° 6.051 de 28 de agosto de 1990, la Excelentísima Corte Suprema, consultada sobre el mismo asunto, manifestó su opinión favorable en el sentido de la indicación del diputado señor Rojo, en desmedro de la creación del tribunal especial, sin mayores argumentos³¹.

Habiéndose, con posterioridad, aprobado el proyecto por la cámara de diputados (cámara de origen), en su segundo trámite constitucional es aprobado por el senado con algunas modificaciones, entre ellas, el requisito de ser abogado para quienes integren el tribunal arbitral. Por esta razón, volviendo el proyecto a la cámara de origen, para su tercer trámite constitucional, se revive la discusión en torno al ya mencionado artículo 17.

En la discusión en la cámara de diputados sobre las modificaciones al proyecto propuesta por el senado al artículo 17, en específico sobre su integración, el diputado Estévez señala que es garantía suficiente el hecho de que la comisión se integre por dos abogados para tratar los temas jurídicos que le corresponda ver, pero que el tercer miembro –que debe ser designado por el Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción– no debiese ser abogado, debido a que

“hay aspectos técnicos, de análisis de materias relacionadas con la ingeniería, de la economía y otras disciplinas, que pueden hacer altamente conveniente que, a lo mejor, en un momento determinado, esta Corte Arbitral sea integrada por una persona que no necesariamente sea abogado”³².

En el mismo sentido se expresan otros diputados como los señores Longueira³³, Latorre³⁴, Horvath³⁵, Juan Martínez³⁶, entre otros³⁷. Finalmente, la modificación planteada por el Senado

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*. P. 207 y ss.

³² *Ibidem*. P. 328 y ss.

³³ “La complejidad de los temas que se tratan en los juicios de marcas, evidentemente requiere de personas técnicas que no necesariamente tienen que ser abogados. Por esta razón, no sólo vamos a rechazar la exigencia de que los tres miembros tengan que ser abogados, sino que también nos vamos a oponer al cambio de nombre de este tribunal, porque, evidentemente, corresponde que siga llamándose ‘Comisión’ y no ‘Corte’, ya que esta última denominación, precisamente, supone su integración con miembros que sean abogados”. *Ibidem*. P. 330.

³⁴ *Ibidem* P. 330 y ss.

³⁵ *Ibidem* P. 331.

³⁶ El diputado Juan Martínez señala que “(...) se hace necesario contar, a lo menos, con que algún integrante de esa Comisión sea una persona técnica que pueda entregar y aportar los elementos necesarios para tomar una posición correcta”. *Ibidem*, P. 333.

³⁷ Si bien se presentan posturas contrarias, ellas no se sustentan en argumentos sobre la especialidad, calidad o algún argumento similar, sino en señalar que quienes deben ejercer la labor judicial deben ser abogados.

sobre incorporar el requisito de ser abogado es desechada por 36 votos contra 12 y con 5 abstenciones, pudiendo el tercer miembro designado por el ministerio de economía, no ser abogado.

La tramitación del proyecto que creaba el tribunal de contratación pública, tuvo una discusión diferente a la del proyecto mencionado anteriormente. En un principio, los conflictos de contrataciones públicas serían conocidos por los tribunales civiles, sin embargo, dándose cuenta de lo sobrecargado que se encontraba el sistema de justicia civil, se decide crear un tribunal que garantice rapidez. Se fluctuó entre un tribunal que fallara a conciencia y uno de derecho, optándose por el último. La especificidad técnica del área que conocería el tribunal, hizo que el legislador transitara entre establecer un miembro del tribunal que fuera un “profesional universitario letrado, experto en materias relativas a licitaciones y contratación pública en general, o que posea un grado académico relacionado con el derecho público (...)”³⁸, a finalmente indicar que los tres miembros se tratasen de abogados, que se hayan destacado en el área profesional o universitaria, que acrediten experiencia en la materia y que tengan un mínimo de 10 años de ejercicio profesional. En buenas cuentas, la experiencia es resaltada por los legisladores para poder hacer frente a un área de alta complejidad.

En el caso del proyecto de ley que fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria, que crea los tribunales tributarios y aduaneros actuales, las ideas anteriores se repiten. En el mensaje del proyecto se establece que uno de los problemas que existía en aquel entonces con el procedimiento tributario era la falta de conocimiento técnico y especializado por parte de la segunda instancia, la Corte de Apelaciones, de tal forma que la manera de solucionar esto era el establecimiento de una sala especializada que se avoque al conocimiento particular de problemas tributarios y aduaneros, donde sus miembros sean especialistas en el tema, además de una tramitación preferente, siguiendo las normas de los incidentes en segunda instancia. La tónica anterior se repite: materias de alta complejidad, especialistas que conozcan del tema, procedimiento expedito, rápido y eficiente, y, para este caso, nuevos

³⁸ Así lo establecía el proyecto de ley que es enviado por la cámara de diputados (cámara de origen) al Senado para su revisión. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2003a. Oficio cámara de origen a cámara revisora. 14 de mayo de 2002, primer trámite constitucional ley N° 19.886. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5860/>> [Consulta: 22 de septiembre de 2017].

tribunales independientes que conozcan las materias tributarias en primera instancia³⁹. En los informes emanados desde la Corte Suprema, tanto en uno enviado a la Cámara de Diputados informando el proyecto, como uno enviado al Senado informando el proyecto con ocasión de modificaciones del ejecutivo, la Corte estima que la mejor estructura para estos tribunales debe estar circunscrita dentro del poder judicial, con una segunda instancia especializada y también con una sala preferente de la Corte Suprema que se dedique a esta materia⁴⁰.

En la tramitación del proyecto de ley que crea los tribunales ambientales⁴¹, la discusión se vuelve a repetir en los términos de los anteriores proyectos: profesionales especializados para integrar los tribunales y no sólo miembros abogados sino de otras áreas que permitan una amplia visión del problema medioambiental⁴². El fundamento de lo anterior, la experiencia con que cuentan⁴³, la complejidad de la materia y arribar a una decisión acertada⁴⁴. Asimismo, la literatura especializada coincide en las mismas ventajas:

“La razón que se da con más frecuencia para crear un Tribunal o una Corte Ambiental es la necesidad de que los responsables de la toma de decisiones sean expertos conocedores del derecho ambiental nacional e internacional. Los jueces generalistas en los tribunales ordinarios generalmente no tienen suficiente experiencia con las complejas leyes y principios que conforman el derecho ambiental y pueden no sentirse cómodos con el testimonio experto altamente técnico que, a menudo, se requiere para equilibrar el daño ambiental anticipado y el beneficio económico. Los

³⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2009. Mensaje. 19 de noviembre de 2002, primer trámite constitucional ley N° 20.322. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4742/>> [Consulta: 8 de noviembre de 2017].

⁴⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2009. Historia de la ley N° 20.322. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4742/>> [Consulta: 8 de noviembre de 2017].

⁴¹ Para profundizar sobre la tramitación de la ley N°20.600 ver: MENDEZ, P. 2017. Tribunales ambientales y contencioso-administrativo: el procedimiento de reclamación de la ley N°20.600. Santiago, editorial jurídica de Chile. 261p.

⁴² “La necesidad de **especialización de la jurisdicción ambiental** se ha fundamentado con diversas razones. Desde el componente técnico de las materias involucradas, la necesidad de controlar los actos provenientes de los órganos de la Administración en la materia, fortalecer la participación ciudadana mediante un acceso más fácil a la justicia, un aumento en el cumplimiento de las normas ambientales y de infractores sancionados, hasta el alivio de la carga de los tribunales de jurisdicción general”. BOETTIGER, C. 2015. Instalación de los tribunales ambientales: ¿problemas de diseño? Revista Actualidad Jurídica. (31), p. 225 y ss.

En el mismo sentido: BOETTIGER, C. 2014. La relación de los tribunales ambientales con la justicia ordinaria. Revista Actualidad Jurídica. (29), p. 293.

⁴³ “(...) para ser juez ambiental se requiere experiencia especializada, estudios y destrezas que se tienen después de dedicarse por mucho tiempo a áreas particulares del Derecho o de las ciencias. Exigir todo esto a los futuros jueces sería en razón de la complejidad de los conflictos ambientales, como se planteó al crear estos tribunales especiales”. BOETTIGER, C. 2015. Instalación... *op. cit.* p. 228.

⁴⁴ Para profundizar en la discusión ver: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2012. Historia de la ley N° 20.600. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4429/>> [Consulta: 8 de noviembre de 2017].

Tribunales o Cortes Ambientales especializadas suelen exigir que los encargados de la toma de decisiones cuenten con formación y experiencia en derecho ambiental y campos de experticia relacionados, y proporcionen capacitación continua. Incluso en los países que aún no han desarrollado una Corte o Tribunal Ambiental, como Indonesia, pueden requerir que los casos ambientales se asignen solo a jueces con capacitación en derecho ambiental. Además, algunos Tribunales y Cortes Ambientales –tanto cortes como tribunales–, incluyen a legos que tienen conocimientos técnicos, científicos o de planificación para conocer casos en sus áreas de especialización, ya sea en paneles o solos. Esto crea una oportunidad para la toma de decisiones de forma multidisciplinaria”⁴⁵.

Los anteriores ejemplos, nos permiten observar que un beneficio de la especialidad sería que las decisiones de un tribunal especial son más razonables y acabadas –mejores, si se quiere– que la decisión de un tribunal general, puesto que su resolución se realizará por especialistas en el área, poseedores de conocimiento técnico para realizar una correcta y acertada resolución del conflicto sometido a su conocimiento.

Este beneficio puede ser catalogado dentro del concepto de calidad de la decisión de un tribunal: si las resoluciones son más acabadas y razonables, dictadas por especialistas, se sigue que la sentencia tendrá una mejor calidad. Esto lleva a realizarse la pregunta acerca de qué se debe entender por una sentencia de calidad o, en general, por la calidad dentro de la justicia administrativa.

Cuando se busca evaluar la calidad de las decisiones judiciales, o medir la justicia, lo que se hace es “juzgar en qué medida los jueces satisfacen los requisitos legales para sus trabajos

⁴⁵ “The reason most often given for creating an ECT [Environmental Courts and Tribunals] is the need for decision-makers who are knowledgeable experts about national and international environmental law. Generalist judges in ordinary courts usually do not have sufficient experience with the complex laws and principles that make up environmental law and may not be comfortable with the highly technical expert testimony that is often required to balance anticipated environmental harm and economic benefit. Specialized ECTs usually require that decision-makers have a background and experience in environmental law and related fields of expertise, and provide ongoing training. Even countries which have not yet developed an ECT, such as Indonesia, may require that environmental cases be assigned only to judges with environmental law training (Foti / TAI-WRI, Box 3.9 on 70, photo on 68). In addition, some ECTs –both courts and tribunals– include non-lawyers who have planning, technical, or scientific knowledge to hear cases in their areas of expertise, either on panels or alone. This creates an opportunity for multi-disciplinary decision-making”. PRING, G. y PRING, C. 2009. Greening justice. Creating and improving Environmental Courts and Tribunals. The Access Initiative. P.14. [La traducción es propia].

(...) juzgar qué tan bien hacen los jueces su trabajo”⁴⁶. Con todo, la dificultad se presenta, precisamente, al momento de evaluar la calidad, puesto que no existe un método único e infalible que disponga de criterios sobre cómo medirla en una decisión judicial en específico. De hecho, es posible constatar una falta de estudio en torno al establecimiento de criterios en los cuales basarse para compararlas y definir cuál presenta una mayor calidad⁴⁷. No obstante, han existido algunos intentos por estructurar parámetros que permitan reconocer la calidad dentro de la administración de justicia.

Para aproximarse a criterios que iluminen la determinación de cuándo una decisión judicial es correcta, se considerará, principalmente, el estudio realizado por el profesor Basabe-Serrano⁴⁸. El autor considera y desarrolla cuatro criterios tomados como base de la teoría general del proceso clásica y de la teoría de la argumentación jurídica, para revisar si una decisión judicial es de calidad. Por un lado, se encontraría una justificación interna: (i) identificación de la norma aplicable al caso y (ii) interpretación de por qué la norma es aplicable⁴⁹. Por otro lado, se encontraría una justificación externa que se encuentra determinada por: (iii) inclusión de precedentes jurisprudenciales; y, (iv) inclusión de doctrina⁵⁰. Agrega, a modo de conclusión otros factores que se analizarán más adelante.

Por el momento, es posible aplicar los cuatro criterios mencionados y analizar nuestros tribunales para obtener algunas conclusiones preliminares en torno a la calidad de sus decisiones judiciales.

Como cuestión previa, cabe desprenderse de una hipótesis que se suele dar por sentada cuando se piensa en un análisis sobre calidad de las decisiones judiciales, cual es, que un

⁴⁶ “[It seeks] assess to what extent judges satisfy the normative requirements of their jobs (...) assessing how well judges do their jobs”. KNIGHT, J. 2009. Are empiricists asking the right question about judicial decision making? *Duke Law Journal*. 58, P. 1531. [La traducción es propia].

⁴⁷ BASABE-SERRANO, S. 2016. The quality of judicial decisions in Supreme Courts: A conceptual definition and index applied to eleven Latin American countries. *Justice System Journal*. P. 1.

⁴⁸ El texto del profesor Basabe-Serrano, es el que mejor trata la problemática relativa a la calidad en las decisiones judiciales, desarrollando criterios objetivos para compararlas, por lo que se sustenta de buena forma el hecho de basarse en su conceptualización para analizar la calidad de la decisión en esta tesis.

Sin perjuicio de lo anterior, igualmente se hará referencia a otros autores que se han aproximado al problema.

⁴⁹ “(i) identification of the norm applicable to the case; and (ii) interpretation of why the norm is applicable”. BASABE-SERRANO, S. 2016. The quality... *op. cit.* p. 3. [La traducción es propia].

⁵⁰ “(...) mientras que en los casos ‘fáciles’ el lenguaje legal relacionado con la norma y la interpretación del caso son suficientes, en casos ‘difíciles’ las razones adicionales que el juez debería argumentar se basan tanto en el precedente jurisprudencial generado a nivel nacional o internacional como en las contribuciones por expertos en derecho denominados en general como doctrina legal” [La traducción es propia]. “(...) while in ‘easy’ cases legal language related to the norm and the interpretation of the case are sufficient, in ‘difficult’ cases the additional reasons the judge should argue are based on both jurisprudential precedent generated at the national or international level as well as contributions by law experts named in general as legal doctrine”. *Ibidem*.

tribunal de mayor jerarquía, por antonomasia, dictará una resolución de mejor calidad. Comenzar el análisis tomando como cierta aquella hipótesis, implica que la consideración de criterios objetivos para medir la calidad pierda sentido, porque se establece *ex ante* una definición sobre la calidad de las decisiones judiciales; se parte de la base de que la Corte Suprema dicta mejores sentencias que los tribunales de menor jerarquía.

La anterior hipótesis, sin embargo, no es descabellada y encuentra sustento en el principio de doble instancia judicial⁵¹, cuya manifestación ocurre a través del recurso de apelación⁵², el que busca “una nueva cognición del litigio garantizándose la correcta aplicación del derecho y la justa impartición de justicia”⁵³. En torno al principio de la doble instancia, existen argumentaciones a su favor que señalan que los tribunales superiores buscarían enmendar el agravio ocasionado con la sentencia de primera instancia; que el principio daría a las partes medios para buscar que se corrijan los errores en que incurren los tribunales inferiores; existiría un mayor celo en la aplicación de justicia de la primera instancia, por la constante revisión de sus decisiones⁵⁴ y, finalmente,

“el recurso de apelación permite que la resolución de conflictos se ajuste en mayor medida a la adecuada solución de un conflicto, al ser este resuelto en la segunda instancia por una pluralidad de jueces que cuentan con una mayor preparación, experiencia y criterio que la de los inferiores que pronunciaron la decisión en primera instancia”⁵⁵.

⁵¹ “(...) cuando se habla de doble grado o de doble instancia se hace referencia a un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero”. CORTEZ, G. 2016. Recurso de Apelación. En: Proceso civil: los recursos y otros medios de impugnación. Gonzalo Cortez Matcovich (coord.). Santiago, Thomson Reuters. P. 72.

⁵² “Apelación y segunda instancia están, como bien se sabe, estrechamente relacionadas, implicando siempre el sistema de doble instancia la posibilidad de que el tribunal de categoría superior confirme o revoque y sustituya, total o parcialmente, la resolución que puso fin a la primera instancia que resulta impugnada por la apelación (...)”. PALOMO, D. 2010. Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite. Estudios constitucionales. 8(2): Pp. 486 y ss. En el mismo sentido: CORTEZ, G. 2016. Recurso... *op. cit.* Pp. 71 y ss.

⁵³ PALOMO, D. 2010. Apelación... *op. cit.* Pp. 486 y ss.

También ha sido definido como “(...) aquel recurso ordinario que la ley concede al litigante que se siente agraviado por una resolución judicial, para recurrir al tribunal superior inmediato, a fin de que la revoque o modifique, dictando al efecto la que considere más justa, con pleno conocimiento de la cuestión controvertida”. CASARINO, M. 2007. Manual de Derecho Procesal: derecho procesal civil. Santiago, editorial jurídica de Chile. Tomo IV, P. 113.

⁵⁴ Todos los argumentos en MATURANA, C. y MOSQUERA, M. 2017. Los recursos procesales. 3ª ed. Santiago, editorial jurídica de Chile. P. 146 y ss.

⁵⁵ *Ibidem*.

Nuevamente se encuentra presente la idea de mayor experiencia, preparación y criterio, para considerar que las decisiones superiores son mejores que la de los inferiores⁵⁶. No obstante, dos reparos son necesarios tener en consideración. En primer lugar, que los tribunales especializados, justamente buscan que la integración del tribunal (colegiada a diferencia de los tribunales ordinarios), tenga niveles de experticia amplios con la finalidad de tener una decisión acertada. Generalmente, además, los principios formativos del procedimiento son distintos por tratarse de procedimientos orales, en los cuales sólo excepcionalmente concurre el recurso de apelación⁵⁷, ya que los principios del procedimiento se afectan ante la concurrencia de una segunda instancia de hecho. Con esto, no se encuentra presente la idea de una mayor experticia o conocimiento por parte de la segunda instancia en este caso en particular⁵⁸. En segundo lugar, y como consecuencia del primer reparo, cabe cuestionar, al aplicar los criterios de calidad que se analizan, la idea de una mejor decisión por el mero hecho de la jerarquía dada la inserción del factor de la experticia y tecnicidad.

El análisis es extensible a la Corte Suprema, aun cuando difiere del de Cortes de Apelaciones, en tanto que sus funciones son diferentes, no siéndole aplicable el principio de la doble instancia, dado que más bien su función propia es uniformar la interpretación del derecho⁵⁹, señalar cómo se debe aplicar de forma correcta un precepto determinado en los

⁵⁶ El profesor Casarino sostiene que uno de los fundamentos del recurso, y de la doble instancia, sería de carácter técnico "(...) porque mediante la doble instancia se consigue reparar los errores o las injusticias que pueden cometer los jueces inferiores, lográndose, a la postre, una mejor y más eficiente administración de justicia". CASARINO, M. 2007. Manual... *op. cit.* P. 133.

⁵⁷ "(...) si nos encontramos ante procedimientos orales, regidos por la inmediatez, concentración, continuidad y sana crítica, y en que los asuntos son resueltos por tribunales colegiados, la tendencia ha sido la de sostener que la procedencia del recurso de apelación con un carácter lato o amplio no guardaría correspondencia con la efectiva vigencia de semejante sistema (...)". MATURANA, C. y MOSQUERA, M. 2017. Los recursos... *op. cit.* p. 147. Justamente en materia de tribunales especializados contenciosos administrativos, la regla general es que no procede el recurso de apelación, pudiendo interponerse recursos de casación ante errores de derecho.

⁵⁸ Esta era la idea sostenida en el mensaje del proyecto que perfecciona y fortalece la jurisdicción tributaria. Se señalaba que: "No obstante las ventajas que para el contribuyente representa el sistema de judicatura vigente, como son la rapidez, eficiencia y acceso gratuito al mismo, se reconoce que éste presenta limitaciones, particularmente en la Segunda Instancia. En efecto, un adecuado sistema de justicia tributaria requiere de instancias de revisión que garanticen con oportunidad y eficiencia los derechos del contribuyente. En la actualidad, las Cortes de Apelaciones cuentan con algunas limitaciones importantes para ejercer ese rol, por verse obligadas a resolver sobre materias de alta complejidad, sin contar con una especialización y un respaldo técnico adecuado". BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2009. Mensaje de la ley N° 20.322. 19 de noviembre de 2002, primer trámite constitucional ley N° 20.322. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4742/>> [Consulta: 8 de noviembre de 2017].

⁵⁹ "El recurso de casación en el fondo tiene por objeto, por una parte, la protección del derecho objetivo y la correcta aplicación del mismo con el fin de asegurar la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, y por otra, la de cumplir funciones como mecanismo unificador de doctrinas jurisprudenciales, procurando salvaguardar los mismos valores antes mencionados". PALOMO, D. 2016a. El recurso de casación en el fondo. *En*: Proceso civil: los recursos y otros medios de impugnación. Gonzalo Cortez Matcovich (coord.). Santiago, Thomson Reuters. P. 302.

casos específicos, y cuya manifestación se produce a través del recurso de casación en el fondo⁶⁰.

La labor señalada para la Corte Suprema es de su completa exclusividad, no existiendo otro tribunal dentro del ordenamiento jurídico que pueda conocer del recurso⁶¹. Si esta situación se analiza en términos organizacionales o de competencia, se deja entrever que la función de la Corte lleva consigo la premisa de que su dedición es, *per se*, más correcta que la señalada por cualquier otro tribunal en general.

Sin embargo, la proporción de certeza entregada en el derecho por parte de la Corte Suprema, en ocasiones, ha sido cuestionada. Ferrajoli⁶², señaló que dos factores influían en la idea y función propia de la casación, de un lado la excesiva cantidad de recursos interpuestos y, de otro, la excesiva cantidad de jueces que componen la Corte⁶³.

Si bien el segundo factor no es aplicable a nuestra Corte (el caso mencionado por Ferrajoli se refiere a un Tribunal de Casación compuesto por cientos de jueces), si lo es el primer factor, el exceso en la cantidad de recursos interpuestos⁶⁴. Es posible agregar, que incluso dentro de la misma Corte, existe jurisprudencia contradictoria, recursos que son resueltos de maneras completamente diferentes debido a factores como la integración de la sala que conoce el recurso en el momento específico, o bien, porque dos conflictos con hechos similares, son conocidos por salas distintas con criterios diferentes⁶⁵.

⁶⁰ "La casación se crea, por tanto, con una función *nomofiláctica*, cuyo objetivo es la protección de la norma (específicamente la sustantiva). Su interés es claramente público por sobre el interés privado". PALOMO, D. 2016b. La casación y el recurso de casación en la forma. En: Proceso civil: los recursos y otros medios de impugnación. Gonzalo Cortez Matcovich (coord.). Santiago, Thomson Reuters. P. 196 y ss.

⁶¹ *Ibidem*, Pp. 202 y ss.

⁶² FERRAJOLI, L. 1996. Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia. *Revista Nueva Doctrina Penal*. 445 - 456.

⁶³ "(...) el primer factor -el exceso de recursos- es responsable tan sólo del primer aspecto del fracaso, es decir, de la lentitud de los juicios, pero no del segundo aspecto, esto es, del fracaso de la nomofilaquia (y si lo es, su grado de responsabilidad es mínimo). Así, el segundo factor -la 'pletoricidad' del órgano y la pluralidad de colegios que deciden sobre las mismas cuestiones- es responsable sólo por el segundo aspecto de la crisis (el fracaso de las funciones de nomofilaquia), pero no por el primero (...)". *Ibidem*, p. 445.

⁶⁴ A modo de ilustración, durante el año 2016 se interpusieron 4.624 recursos de casación, y entre el año 2003 y 2016, la suma asciende 59.878, dando un promedio de 4.277 recursos por año. En el mismo periodo (2003 - 2016) la Corte falló 59.184 recursos de casación, lo que da un promedio de 4.227 recursos. PODER JUDICIAL. 2017. Estadísticas históricas del poder judicial años 2006 a 2017. [En línea] <<http://www.pjud.cl/documents/10179/310993/Estad%C3%ADsticas+Suprema-Cortes+Juzgados+histórica+2006+a+2016/d57bcba3-6025-4fee-8978-89e0d1527304?version=1.2>> [Consulta: 20 de noviembre de 2017].

⁶⁵ Actualmente, el artículo 780 del código de procedimiento civil, permite que un recurso de casación sea conocido en pleno por la Corte Suprema, ante la existencia de interpretaciones diferentes de una misma norma jurídica por la Corte, con la finalidad de establecer una interpretación uniforme del precepto en cuestión. Sin embargo, cabe tener presente que las decisiones de cualquier tribunal, incluso de la Corte Suprema dictadas en pleno, tienen

En la mayoría de los tribunales de lo contencioso administrativo, el recurso de apelación se encuentra excluido⁶⁶. Las razones seguramente estriban en el contenido técnico del tribunal, y en los principios formativos del procedimiento generalmente orales e inmediatos⁶⁷. Lo anterior no excluye la competencia de la Corte Suprema, la que generalmente puede controlar las decisiones de los tribunales contenciosos administrativos a través del recurso de casación en el fondo. Es aquí donde nuevamente toma sentido reiterar la exclusión de la premisa de la mejor calidad de la decisión de la Corte Suprema, puesto que, si bien es innegable su labor en la uniformidad en la interpretación del derecho, en el caso de los tribunales a los que se hace mención, se enfrenta a decisiones que han sido tomadas por un tribunal compuesto por ministros altamente especializados en el área en que se desempeñan y cuya dedicación se encuentra exclusivamente abocada a conocer los conflictos de aquella área. En cambio, en la Corte Suprema, aun cuando sus jueces tienen mayor experiencia en la labor hermenéutica, la formación de los jueces es de carácter generalista, y no existe exclusividad en el conocimiento de conflictos de algún área en específico.

Lo anterior, nos coloca en un supuesto que es diferente al pensado originariamente para los tribunales de casación, donde el conocimiento de los asuntos en primera instancia era por tribunales excepcionalmente especializados, o donde la línea jerárquica es siempre generalista⁶⁸. En este caso, se parte de la base de un tribunal especializado, por lo que es posible pensar, *a priori*, que no necesariamente la decisión de la Corte Suprema será de mayor calidad que la de los tribunales especiales.

efecto relativo y sólo son obligatorias para el caso concreto, y no para otros casos aun cuando los hechos sean similares o iguales. Para un análisis más detallado de este precepto y las decisiones contradictorias en los recursos de casación ver: OTERO, M. 2010. La nulidad procesal civil, penal y de derecho público. 2ª edición. Santiago, editorial jurídica de Chile. Pp. 130 y ss.

⁶⁶ En el caso del Tribunal de Contratación Pública, procede el recurso de reclamación en contra de su sentencia, el que es conocido por la Corte de Apelaciones de Santiago. No procede recurso alguno en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones, salvo el recurso de Queja.

⁶⁷ La Comisión de Constitución del Senado, estableció el carácter inapelable de las resoluciones que se dictaban por el Tribunal Oral en lo Penal, en atención a principios formativos del procedimiento completamente semejantes a los establecidos en los procedimientos de los tribunales contenciosos administrativos. Así, la comisión señaló que “al reafirmar el carácter inapelable de las resoluciones emitidas por el tribunal de juicio oral en lo penal, no sólo la composición del tribunal, sino el hecho de que éste habrá desarrollado su trabajo con sujeción a los principios de oralidad y de inmediación, y que aceptar la apelación importaría destruirlos, porque la Corte de Apelaciones, al conocer de ella, lo haría sobre la base de la escrituración (puesto que deberá estudiar los registros y actas de lo obrado) y de la mediación (toda vez que no tomará conocimiento directo y personal de la prueba)”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2000. Historia del código procesal penal. Segundo informe de la comisión de constitución del senado, 20 de junio de 2000, sesión 5 legislatura 342. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/6631/>> [Consulta 20 de noviembre de 2017].

⁶⁸ Con esto pretendo referirme a que las Cortes de Apelaciones se encuentran compuestas por jueces de conocimiento general y, por ende, la línea propia de los recursos implicaba una primera instancia distribuida según competencia, pero una segunda de carácter general, y un tribunal de casación igualmente general.

Ahora bien, retomando el análisis de la calidad en las decisiones judiciales, cabe considerar, que en virtud de los cuatro criterios señalados para analizar la calidad de las sentencias según la propuesta del profesor Basabe-Serrano, sería posible realizar un análisis comparativo aplicado a nuestros tribunales confrontando sus decisiones. Para esto, lo correcto sería revisar decisiones dentro de materias iguales o similares, que hayan sido objeto de decisiones judiciales tanto por tribunales compuestos por jueces generalistas como por tribunales especializados. Una forma de aplicación de este análisis sería, por ejemplo, la revisión de las decisiones en materia medioambiental, analizando las sentencias dictadas por jueces ordinarios en lo civil antes de la creación de los tribunales ambientales y las dictadas por los jueces especializados con la creación de dichos tribunales. Existiría un intervalo de comparación, estando en el centro el año en que se ponen en ejecución los tribunales (2012), donde se revisarían sentencias anteriores a esa fecha y posteriores a esa fecha catalogándolas en términos de su calidad para definir cuál reviste mayor calidad que la otra. La comparación podría extrapolarse a casos similares como el tribunal de defensa de la libre competencia en el año 2003.

La comparación expuesta rebasa los términos del análisis realizado por esta tesis, limitándose en este trabajo, en consecuencia, a sólo esbozar los posibles métodos para un análisis de la calidad en los términos ya expuestos.

Por otra parte, es posible analizar la calidad en función de otros criterios mencionados a modo de conclusión por el autor. Los criterios no son desarrollados en profundidad en su trabajo, sino que sólo se mencionan como criterios que pueden influir en la calidad de las decisiones judiciales, objeto que podría ser fruto de una revisión posterior. Se mencionan los antecedentes educativos, la experiencia y se deja abierta la consideración a otras habilidades que podrían formar parte de variables de actitud como la investigación, todas referidas a los jueces, además de algunas referidas a condiciones de trabajo, como la carga de trabajo, el número de asistentes de cada juez y el salario⁶⁹; e incluso variables ecológicas como la independencia judicial y la corrupción judicial⁷⁰.

⁶⁹ Estas variables, serán analizadas en la sección referente a los costos de la política pública analizada en esta tesis.

⁷⁰ "La formación educacional, la experiencia y otras habilidades, como la investigación, podrían ser parte de las variables actitudinales que influyen en la calidad de las decisiones judiciales. Otras variables relacionadas con las condiciones en que funcionan los jueces podrían ser determinantes en la calidad de sus decisiones. Me refiero a factores como la carga de trabajo, el número de funcionarios judiciales por cada juez o el salario. Se han identificado variables ecológicas como la independencia o corrupción judicial como claves para comprender el desempeño económico y político de los actores y las instituciones, pero podrían ser parte de la explicación de por

A modo de ilustración, es pertinente referirse a algunos de los criterios anteriormente mencionados, que pueden influir en la calidad de las decisiones judiciales. Uno de ellos es la influencia externa que pueden recibir los tribunales, donde es adecuado indicar que nuestro país, según las estadísticas del *World Economic Forum*, se ubica en el lugar 37 del ranking en la categoría de independencia judicial, ocupando el tercer lugar en América Latina, después de Uruguay y Costa Rica, respectivamente⁷¹. Esto da cuenta de que Chile se encuentra bien posicionado y categorizado en lo referente a independencia judicial, aun cuando ha tendido a la baja desde el año 2012. A pesar de ello, estas estadísticas podrían permitir, en gran medida, descartar la afectación externa como disminución de la calidad de las decisiones judiciales en nuestro sistema jurídico. Esto permite una ilustración en perspectiva amplia –el sistema judicial en general–, y no en los términos comparativos de los sistemas de justicia administrativa analizados en la presente tesis –entre justicia general y especializada–.

Es oportuno referirse también a otros criterios que sí permiten una comparación entre tribunales generales y especiales. Entre ellos se encuentran la experiencia y la educación de los jueces. No cabe duda que tanto un juez generalista como un juez especializado han dedicado gran parte de su vida a estudiar el derecho, diferenciándose, probablemente, en la profundidad de estudio de ciertas materias jurídicas. Es lógico pensar que un juez de un tribunal especializado, ha profundizado su conocimiento académico sobre la materia de su tribunal, puesto que corresponde al área exclusiva de su desempeño, con la cual tiene un contacto directo. Por su parte, el juez generalista, deberá conocer de variadas materias, por cuanto es difícil concebir que profundice cada una de ellas, por el contrario, es más lógico que las analice todas con un grado de conocimiento similar, siendo su formación pareja en las

qué la calidad de las decisiones judiciales varía entre los jueces y los tribunales” [La traducción es propia]. “Educational background, experience, and other skills such as research could be part of the attitudinal variables that influence in the quality of judicial decisions. Other variables related to the conditions in which justices work could be determinants of the quality of their decisions. I am referring to factors such as workload, number of clerks by each justice, or salary. Ecological variables such as judicial independence or judicial corruption have been identified as keys to understanding the economic and political performance of actors and institutions but could be part of the explanation of why the quality of judicial decisions vary between justices and courts”. BASABE-SERRANO, S. 2016. *The quality... op. cit.* P. 12.

⁷¹ WORLD ECONOMIC FORUM. 2017. *Global Competitiveness Report 2017 - 2018*. [En línea] <<http://www3.weforum.org/docs/GCR2017-2018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2017-2018.pdf>> [Consulta: 19 de noviembre de 2017]. Es necesario precisar que, en el año 2012, según las mismas estadísticas, nuestro país se ubicaba en el lugar 24, ocupando la primera posición de los países de América Latina. Con posterioridad, en 2013 ocupó el lugar 27, el que mantuvo en 2014, pasando a ser el segundo país de Latinoamérica según dicho criterio, luego de Uruguay. Más adelante, en 2015, ocupó el lugar 31 del ranking mundial, manteniendo el segundo lugar de América Latina, pero esta vez luego de Costa Rica. Finalmente, tanto en 2016 como actualmente, ocupa el tercer lugar de Latinoamérica, y el lugar 37 del ranking mundial. Para todas las estadísticas ver: WORLD ECONOMIC FORUM. s/a. [En línea] <<https://www.weforum.org>> [Consulta: 19 de noviembre de 2017].

distintas áreas. En estos términos, es posible pensar que, por antecedentes educativos, ligados al área de desempeño, habrá una mayor calidad de la decisión judicial en jueces especializados.

Respecto de la experiencia, la situación es similar, ambos jueces tendrán experiencia en el área en que se desempeñan, pero la del especialista, estará específicamente referida a la materia objeto de su estudio, por lo que debiera dictar resoluciones judiciales de mayor calidad, comparando el desempeño de ambos en una misma área.

Con todo, es necesario aún constatar, que la comparación no sólo debe ser realizada respecto de un juez generalista a secas, sino que, con un sistema de justicia administrativa general, esto es, jueces especialistas en la ciencia administrativa que conocen de todos los contenciosos administrativos. Este reparo, permite tener en consideración que los jueces serán expertos en el área administrativa, además de conocer cada materia específica, es decir, existirá un área general pero acotada, por lo que se puede esperar que existan pertinentes antecedentes educativos, más específicamente relacionados al área administrativa.

Asimismo, la experiencia podría ser equiparable, en los términos anteriores, a la de los jueces especializados actuales, ya que el desempeño judicial será dentro de un área conocida por los miembros del tribunal y continuo en el tiempo dentro de esa área.

Otra aproximación hacia la evaluación de la calidad de las decisiones judiciales es la propuesta por el profesor Richard Posner⁷². En ella sostiene, a modo de *proxy*, dos formas de evaluarla en el contexto norteamericano. En primer lugar, el número de sentencias de la Corte de Apelaciones del noveno circuito, revocadas por la Corte Suprema de modo sumario y, en segundo lugar, las veces que las sentencias de la Corte de Apelaciones son citadas por otros tribunales⁷³. De esta manera, a mayor número de revocaciones, menor será la calidad de la decisión de la Corte de Apelaciones, y, entre más veces se citen las sentencias de la misma Corte, mayor calidad tendrá.

Para los términos de este análisis, es adecuado referirse a la primera de las formas propuestas para evaluar la calidad, ya que la segunda es propia del sistema anglosajón y no

⁷² POSNER, R. 2000. Is the Ninth circuit too large? A statistical study of judicial quality. The journal of legal studies. 29(2): 711 - 719.

⁷³ "Las revocaciones (especialmente las revocaciones sumarias) de la Corte Suprema y las citaciones se utilizan como aproximaciones para la calidad del resultado judicial" [La traducción es propia]. "Reversals (especially summary reversals) by the Supreme Court and citations are used as proxies for quality of judicial output". *Ibidem*, p. 711.

de nuestro sistema, donde el precedente –al menos el de la Corte de Apelaciones– no tiene mayor peso en las decisiones judiciales⁷⁴. Así, aplicando al presente análisis la primera de las formas de revisar la calidad de las decisiones judiciales, es posible constatar la cantidad de sentencias de tribunales especializados revocadas por parte de la Corte Suprema y tener una aproximación en torno a su calidad, sin perder de vista que no es una medida del todo certera, sino un acercamiento a través de una medición que puede darnos una idea alrededor de la calidad, teniendo presente que otras variables también pueden influir en estos criterios utilizados.

En el caso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a lo largo de su historia se han dictado 156 sentencias definitivas. En el 63% de los casos se recurrió a la Corte Suprema, esto es, en 99 sentencias, revocándose 13 sentencias y confirmándose las restantes⁷⁵. Esto se traduce en un 8,33% de revocaciones sobre el total de sentencias dictadas por el tribunal⁷⁶.

En el caso del Tribunal Ambiental, en el año 2016 se dictaron 20 sentencias, correspondiendo 19 a reclamaciones de ilegalidad y 1 a daño en materia ambiental⁷⁷. En 13 causas se recurrió a la Corte Suprema, resolviéndose, a mayo de 2017, 5 recursos. De los 5 recursos 2 fueron declarados desiertos, 1 acogido revocándose la sentencia del tribunal ambiental, y en 3 de ellos la sentencia fue confirmada. Durante el año 2015, se dictaron 28 sentencias por parte del Tribunal Ambiental⁷⁸, interponiéndose 3 recursos de casación, siendo sólo 1 acogido por parte de la Corte Suprema y rechazándose 2. En el año 2014 se dictaron 14 sentencias⁷⁹, interponiéndose 7 recursos de casación, declarándose 1 inadmisibile, acogiéndose

⁷⁴ Idea sostenida en BASABE-SERRANO, S. 2016. *The quality... op. cit.*

⁷⁵ Estadísticas presenten en: TDLC. 2017. Anuario Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. [En línea] <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/Anuario/Anuario_TDLC_2017.pdf> [Consulta: 31 de mayo de 2017]. P. 13.

⁷⁶ El porcentaje debe ser observado sobre el total de sentencias dictadas, puesto que es de suponer que el no recurrir se deba a que las partes consideren que es una sentencia correcta o que no les causa agravio, aun cuando argumentos de otra índole pudieron influir en no recurrir.

⁷⁷ TRIBUNAL AMBIENTAL de Santiago. 2016. Cuenta pública del Tribunal Ambiental de Santiago. [En línea] <<http://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2013/08/CUENTA-PUBLICA-2016.pdf>> [Consulta: 10 de enero de 2017].

⁷⁸ TRIBUNAL AMBIENTAL de Santiago. 2015. Cuenta pública del Tribunal Ambiental de Santiago. [En línea] <http://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2013/08/Cuenta_Publica_TrAmbiental_Stgo_2015-v3-Final.pdf> [Consulta: 31 de mayo de 2017].

⁷⁹ TRIBUNAL AMBIENTAL de Santiago. 2014. Cuenta pública del Tribunal Ambiental de Santiago. [En línea] <http://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2013/08/Cuenta-Publica-2014_Tribunal-Ambiental-de-Santiago-1.pdf> [Consulta: 31 de mayo de 2017].

2 y rechazando 4. Durante el 2013 se dictaron 5 sentencias⁸⁰, interponiéndose 1 sólo recurso de casación siendo acogido por la Corte Suprema⁸¹.

En suma, se han interpuesto 24 recursos ante la Corte Suprema en contra de sentencias del Tribunal Ambiental. Sólo 5 recursos han sido acogidos y, en consecuencia, se han revocado las sentencias. Por otra parte, 9 han sido rechazados y la sentencia se ha confirmado, 2 se han declarado inadmisibles y se encuentran 8 pendientes⁸². Llevado a porcentaje, sobre la totalidad de sentencias dictadas (67) hasta el año 2016, descontando las que se encuentran con recursos aún pendientes (8), sólo el 8,47% de ellas se ha revocado por parte de la Corte Suprema.

El análisis de los Tribunales Ambientales y del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, permite bajo el esquema del profesor Posner, obtener una idea de la calidad dentro de las decisiones judiciales en ambos tribunales especializados. Cabe tener presente, que bajo el esquema de Posner, adaptado a nuestra realidad⁸³ y al análisis realizado, se toma como punto de partida que la decisión de la Corte Suprema está revestida de una mayor calidad *per se*, a diferencia de la prevención realizada en el análisis según el profesor Basabe-Serrano. Se debe partir del supuesto que, ante la revocación de la sentencia por parte de la Corte Suprema, la decisión del tribunal especializado era incorrecta, y la nueva decisión sí cumple con un estándar de calidad.

En el esquema anterior, es posible determinar que, aun cuando existen revocaciones de las sentencias dictadas por los tribunales especializados, el porcentaje es bajo en relación al número de sentencias que han dictado estos tribunales, lo que podría ser un indicador de la “buena” calidad de las decisiones de los tribunales especializados, sin perjuicio de que puedan existir otros factores que influyan.

⁸⁰ TRIBUNAL AMBIENTAL de Santiago. 2013. Cuenta pública del Tribunal Ambiental de Santiago. [En línea] <<http://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2013/08/CUENTA-PUBLICA-2016.pdf>> [Consulta: 31 de enero de 2017].

⁸¹ Información obtenida en <<http://www.tribunalambiental.cl/consulta-de-causas/>> [Consulta: 31 de mayo de 2017].

⁸² Situación constatada al 31 de mayo de 2017.

⁸³ Con esto me quiero referir a que el esquema de Posner se basa en las revocaciones bajo el método sumario por parte de la Corte Suprema, esto quiere decir que el vicio o error de la sentencia era demasiado evidente. Este tipo de revocación, más allá de la nulidad de oficio, no existe en nuestro sistema jurídico, por cuanto es esencial que las partes pidan la nulidad de la sentencia. Por lo mismo, he adaptado aplicado su teoría a las revocaciones tradicionales, esto es, luego de la casación deducida.

Para tener un parámetro con el cual comparar los datos anteriormente expuestos, cabe considerar las mismas cifras anteriores en relación con la Corte Suprema y los recursos de casación (ver tabla 1).

RECURSOS DE CASACIÓN		
AÑO SENTENCIA 2015		
Grupo Fallo	Cantidad	% sobre el total de fallos
Acogidos	404	8,60%
Rechazados	1266	26,96%
Inadmisibles	1434	30,54%
Manifiesta Falta de Fundamento	1158	24,66%
Deserciones	192	4,09%
Desistidos	92	1,96%
Casa de Oficio	103	2,19%
Otros Motivos	47	1,00%
Total general	4696	100,00%
AÑO SENTENCIA 2016		
Grupo Fallo	Cantidad	% sobre el total de fallos
Acogidos	714	15,52%
Rechazados	1781	38,71%
Inadmisibles	1222	26,56%
Manifiesta Falta de Fundamento	505	10,98%
Confirmados	1	0,02%
Deserciones	191	4,15%
Desistidos	97	2,11%
Casa de Oficio	41	0,89%
Otros Motivos	49	1,06%
Total general	4601	100,00%

TABLA 1. FUENTE: PODER JUDICIAL, ESTADÍSTICAS SOLICITADAS DIRECTAMENTE A LA DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE LA CORTE SUPREMA.

En la tabla 1 se presentan los datos referidos a los recursos de casación presentados ante la Corte Suprema durante los años 2015 y 2016 y los resultados de ellos. Para el presente análisis, sumaré al porcentaje de recursos acogidos los de las casaciones de oficio ya que pueden englobarse conjuntamente pues en ambos casos se revoca la sentencia casada. Asimismo, adicionaré a los recursos rechazados, los inadmisibles, los rechazados por

manifiesta falta de fundamento, las deserciones y los desistidos, puesto que pertenecen al mismo conjunto de recursos no acogidos.

De tal manera, es posible afirmar que en el año 2015 se acogió un 10,8% de los recursos de casación presentados y fueron rechazados un 88,2%. En el año 2016, se acogió un 16,4% de los recursos interpuestos y se rechazaron un 82,5% de las casaciones. Estos datos permiten, a modo de *proxy*, dar cuenta de que, en promedio, el rango de error en los fallos de las Cortes de Apelaciones fluctúa entre un 10,8% y un 16,4% aproximadamente, porcentajes que duplican los indicados en los tribunales especializados. Cabe recalcar que el análisis representa los valores de la Corte Suprema sobre las Cortes de Apelaciones y no sobre los tribunales de primera instancia donde los porcentajes pueden variar.

En suma, se podría sostener, aunque solo como una aproximación, que en el caso de los tribunales especializados la tasa de revocación es más baja que en los tribunales generales, lo que podría dar cuenta de que sus decisiones son más acertadas que en el caso de los tribunales que se avocan al conocimiento de variadas materias, lo que en buena medida podría ser explicado por las distintas ventajas que presenta este tipo de tribunales.

1.1.2. La uniformidad de la jurisprudencia.

Por otra parte, otro beneficio que se reporta por parte de los tribunales especiales, viene determinado por la uniformidad de sus fallos. Debido a que la cantidad de tribunales que conocerá de los conflictos jurídicos determinados de cada área será menor que en el caso de los tribunales ordinarios, la jurisprudencia que se vaya produciendo tenderá a no contradecirse, lo que operará como una garantía para los justiciables, dado que existirá mayor certeza jurídica respecto de cómo se resuelven los problemas jurídicos en estas áreas⁸⁴.

En materia de libre competencia, de propiedad industrial y de contratación pública sólo existe un tribunal, por cada una de esas áreas, que es competente para conocer los conflictos jurídicos que se suscitan. De este modo, parece de toda lógica que la jurisprudencia de aquellos tribunales no se contradecirá, toda vez que serán siempre los mismos miembros los que conformarán, conocerán y dictarán las sentencias en cada una de las causas. Es así como lo decidido por estos tribunales tenderá a ser uniforme, no habrá un tribunal especializado distinto que difiera en la argumentación realizada por ellos, ya que su competencia es exclusiva. Esto fuerza a concluir que las sentencias serán uniformes, de tal modo que si se han

⁸⁴ CHILE. Mensaje 1419-357... *op. cit.* P. 10.

dictado algunos fallos sobre materias determinadas en el área que corresponda, los justiciables ya conocerán cómo fallará el tribunal respectivo, disminuyéndose la posibilidad de jurisprudencia contradictoria, y otorgándose una mayor certeza y seguridad jurídica.

A modo de ejemplo, el mensaje del proyecto que crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señalaba que

“consistente con el objetivo de aumentar la predictibilidad, se ha estimado pertinente eliminar las Comisiones Preventivas, traspasando al nuevo Tribunal la función de órgano consultivo. Un Tribunal fortalecido en la forma ya señalada, encargado tanto de responder consultas como de resolver conflictos, asegura una mayor consistencia de todos sus pronunciamientos”⁸⁵.

Por su parte, el ministro de economía, Jorge Rodríguez Rossi, señalaba en la comisión de economía del senado durante la tramitación del proyecto que una ventaja de un único tribunal era la uniformidad de criterios⁸⁶. Se le atribuye al tribunal por el solo hecho de su conformación y de sus atribuciones, el que se aumentará la predictibilidad de su razonamiento. *A contrario sensu*, la existencia de muchos tribunales con competencia en una misma área no otorga esa garantía, la que sólo resalta en este tipo de estructuras.

En el caso de los Tribunales Ambientales, el proyecto de ley, al igual que en el caso de los anteriormente mencionados, sólo contemplaba un Tribunal con asiento en la comuna de Santiago⁸⁷. Sin embargo, luego de la tramitación del proyecto, la situación cambió estableciéndose tres tribunales: el primero en Antofagasta, el segundo en Santiago y el tercero en Valdivia.

Si bien este caso es diferente al de los otros tribunales, la verdad es que, comparándolos con la justicia ordinaria (en términos numéricos), la cantidad de tribunales con competencia en materia ambiental es bastante reducida, lo que permite de igual forma que la

⁸⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2003b. Mensaje. Primer trámite constitucional proyecto de ley N° 19.911. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5814/>> [Consulta: 15 de septiembre de 2017].

⁸⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2003b. Comisión de economía del senado, primer trámite constitucional, 13 de agosto de 2002, proyecto de la ley N° 19.911 [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5814/>> [Consulta: 15 de septiembre de 2017].

⁸⁷ “El proyecto proponía un tribunal de integración mixta, formado por tres abogados y dos profesionales de las ciencias y la economía, siguiendo el modelo del Tribunal de la Libre Competencia; y de carácter único, basado, por un lado, en una razón de proyección o expectativas dada la demanda de causas actuales y esperables, y, por otro, con el fin de otorgar mayor predictibilidad a sus decisiones, promoviendo la seguridad jurídica”. PLUMER, M. 2013. Los tribunales ambientales: se completa la reforma a la institucionalidad ambiental. Anuario de Derecho Público. P. 300.

jurisprudencia tienda a la uniformidad, aunque deja un espacio abierto en el que podría haber discrepancia entre ellos. Cabría aún resaltar que, a partir de la especialidad técnica de sus miembros, ya mencionada con anterioridad, la contradicción o la ausencia de uniformidad que pudiera atribuirse a la situación descrita, debiera disminuir debido a esta cualidad⁸⁸.

La situación es un poco diferente a la anterior en el caso de los Tribunales Tributarios y Aduaneros dado que se constituyó uno por región, a excepción de la región metropolitana que cuenta con 4 tribunales en la materia. Esta situación podría arrastrar una menor uniformidad, la que sólo –en los términos de este análisis– podría verse contrarrestada por el conocimiento técnico o la especialización de los miembros que los conforman.

En suma, uno de los beneficios que trae consigo la especialidad es la uniformidad en la jurisprudencia, ya que un pequeño número de tribunales tendrá competencia para conocer los conflictos jurídicos, por cuanto sus decisiones tenderán a mantener una línea decisoria común, reduciendo la contradicción en sus sentencias.

1.1.3. La rapidez en la tramitación.

Otra característica que suele ser destacada como propia de los tribunales especiales, es la rapidez en la tramitación. Catherine Pring y George Pring exponen como una ventaja de la creación de tribunales ambientales que

“[m]uchos tribunales generalistas y cortes de apelaciones están sufriendo de un retraso en la tramitación de los casos, lo que exige que los demandantes y los demandados esperen años antes de ser parte de una audiencia. El retraso puede ser extremadamente costoso para los gobiernos y los intereses privados que pueden haber invertido grandes sumas en programas o desarrollos de planificación: ‘el tiempo es dinero’ es una justificación frecuente para procedimientos rápidos. Y la demora puede

⁸⁸ “La necesidad de consistencia en las decisiones y el precedente uniforme, es otra justificación avanzada para la creación de Tribunales y Cortes Ambientales. Las opiniones de los responsables de la toma de decisiones capacitados y bien informados que están familiarizados con la ley, y con otras decisiones en el campo, tienen más probabilidades de ser uniformes y consistentes. Esta uniformidad les brinda a las partes y a sus abogados la posibilidad de predecir, un precedente sobre el cual pueden confiar. (...). La uniformidad en las decisiones también puede evitar el ‘forum-shopping’ (partes que eligen un tipo de tribunal que creen que es más probable que les dé un juicio favorable)” [La traducción es propia]. “The need for consistency in decisions and uniform precedent is another justification advanced for the creation of ECTs. Opinions by trained, knowledgeable decision-makers who are familiar with the law and with other decisions in the field are more likely to be uniform and consistent. This uniformity gives parties and their attorneys predictability – precedent upon which they can rely. (...). Uniformity in decisions can also prevent ‘forum-shopping’ (parties picking forums they think more likely to give them a favorable judgment)”. PRING, G. y PRING, C. 2009. Greening justice... *op. cit.* P.15.

ser perjudicial para el medio ambiente o la comunidad al permitir que un proyecto avance, infligiendo daños medioambientales, debido a la ausencia de una audiencia o una orden judicial. Mover los casos ambientales del registro judicial general a un Tribunal o Corte Ambiental puede permitir que sean supervisados y manejados de manera más eficiente”⁸⁹.

En efecto, estos tribunales, sólo conocerán de los conflictos que se susciten en un área determinada y acotada del derecho, lo que trae consigo un número reducido de causas que se someterán a su conocimiento.

La carga de trabajo del tribunal será baja en comparación con los tribunales ordinarios, la tramitación se vuelve, en consecuencia, más expedita. El Tribunal Ambiental de Santiago, a modo de ejemplo, recibió 34 causas a tramitación en el año 2013⁹⁰, 52 en 2014⁹¹, 56 en 2015⁹² y 100 en 2016⁹³, lo que se traduce en un ingreso promedio de 60,5 causas por año⁹⁴. De las 34 causas ingresadas en 2013, 18 terminaron su tramitación el mismo año⁹⁵; de las 52 de 2014, 24 lo concluyeron ese año⁹⁶; de las 56 de 2015, 47 finalizaron su tramitación ese mismo año⁹⁷; y de las 100 del año 2016, 77 tuvieron término ese mismo año⁹⁸. Esta situación da cuenta de la rapidez en su resolución, más aún, si tenemos en cuenta que la tramitación anterior a la creación de los Tribunales Ambientales era a través de un procedimiento ordinario civil, lo que implica que la duración en la tramitación sea extensa, dada la alta carga de trabajo y el alto número de causas que deben conocer los tribunales civiles ordinarios.

⁸⁹ “Many generalist trial and appellate courts are suffering from a crippling backlog of cases, requiring plaintiffs and defendants to wait years before receiving a hearing. Delay can be extremely costly for governments and private interests who may have invested huge sums in planning programs or developments - ‘time is money’ being a frequent justification for speedy proceedings. And delay can be detrimental to environmental or community parties by allowing a project to move ahead, inflicting environmental damage, absent a hearing or injunction. Moving environmental cases from the general court docket to an ECT [Environmental Courts and Tribunals] can allow them to be fast-tracked and handled more efficiently”. PRING, G. y PRING, C. 2009. *Greening justice... op. cit.* P.14. [La traducción es propia].

⁹⁰ TRIBUNAL AMBIENTAL de Santiago. 2013. Cuenta pública... *op. cit.* [Consulta: 10 de enero de 2017]. P. 2.

⁹¹ TRIBUNAL AMBIENTAL de Santiago. 2014. Cuenta pública... *op. cit.* [Consulta: 10 de enero de 2017]. P. 16.

⁹² TRIBUNAL AMBIENTAL de Santiago. 2015. Cuenta pública... *op. cit.* [Consulta: 10 de enero de 2017]. P. 38.

⁹³ TRIBUNAL AMBIENTAL de Santiago. 2016. Cuenta pública... *op. cit.* [Consulta: 10 de enero de 2017]. P. 6.

⁹⁴ En todos esos años asumió las causas que territorialmente le correspondían al Tribunal Ambiental de Antofagasta, pero que no podían ser tramitadas por éste ya que no se encontró constituido sino hasta septiembre del año 2017. Es decir, la carga de trabajo del tribunal debiera disminuir con la instalación del Tribunal Ambiental de Antofagasta.

⁹⁵ TRIBUNAL AMBIENTAL de Santiago. 2013. Cuenta... *op. cit.*

⁹⁶ TRIBUNAL AMBIENTAL de Santiago. 2014. Cuenta... *op. cit.*

⁹⁷ TRIBUNAL AMBIENTAL de Santiago. 2015. Cuenta... *op. cit.* p. 40.

⁹⁸ TRIBUNAL AMBIENTAL de Santiago. 2016. Cuenta... *op. cit.* p. 14.

En el caso del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, desde su instalación en el año 2004 hasta el 31 de marzo del año 2017, ingresaron 319 causas contenciosas⁹⁹, dando un promedio de ingreso de 22,8 causas por año en el periodo 2003–2017¹⁰⁰. Según las estadísticas del propio Tribunal, el promedio de duración en la tramitación de una causa contenciosa desde su ingreso hasta la dictación de la sentencia es de 625 días¹⁰¹ (1 año y 9 meses aproximadamente) y, en el caso de las no contenciosas de 227 días¹⁰² (7 meses y medio, aproximadamente).

Ambas situaciones descritas, permiten apreciar la cantidad de trabajo a la que se encuentran sometidos estos tribunales, así como el tiempo que tardan en resolver los asuntos que son sometidos a su conocimiento. En general, el tiempo puede ser calificado como bajo si es comparado con los Tribunales Ordinarios, el cual, tratándose de causas tramitadas bajo el procedimiento ordinario de aplicación general, que finalizan con sentencia definitiva, sólo en primera instancia –según estudio realizado por el Centro de Estudios de Justicia para las Américas (CEJA)– tardan en promedio 821 días (un poco más de 2 años y 3 meses), aunque los datos presentan una amplia dispersión ya que la causa con menor tiempo en dictar sentencia definitiva demoró tan sólo 22 días y la que más tardó lo hizo en 13.350 días¹⁰³.

⁹⁹ TDLC. 2017. Causas contenciosas iniciadas en TDLC (número total de causas, incluye causas acumuladas). [En línea] <<http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/Estadisticas/31marzo2017/Numero-de-contenciosas-por-año.pdf>> [Consulta: 31 de mayo de 2017].

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ TDLC. 2017. Causas contenciosas terminadas en sentencia, con auto de prueba (duración en días corridos). [En línea] <<http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/Estadisticas/31marzo2017/Contenciosas-Duracion.pdf>> [Consulta: 31 de mayo de 2017].

Existe actualmente una tendencia hacia la disminución de la duración en la tramitación de las causas contenciosas. De esta manera, durante el periodo de mayo 2016 a mayo de 2017, las causas terminadas por sentencia definitiva tuvieron en promedio una duración de 559 días corrido (1 año y 6 meses), encontrándose bajo el promedio de la estadística histórica, situación que se repite respecto del periodo anterior, donde el promedio fue de 556 días. TDLC. 2017. Anuario... *op. cit.* P. 12.

¹⁰² TDLC. 2017. Causas no contenciosas terminadas en resolución (duración en días corridos). [En línea] <<http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/Estadisticas/31marzo2017/No-Contenciosas-Duracion.pdf>> [Consulta: 31 de mayo de 2017].

¹⁰³ CENTRO DE ESTUDIOS de Justicia para las Américas. 2011. Estudio de análisis de trayectoria de las causas civiles en los tribunales civiles de Santiago. [En línea] <<http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Estudio-Trayectorias-Causas-Civiles-en-Tribunales-Civiles-Santiago.pdf>> [Consulta: 10 de enero de 2017]. Pp. 20 y ss.

Es necesario precisar que de la totalidad de causas (1.130.561) ingresadas, 16.506 se tramitaron por juicio ordinario, concluyendo 1.630 por sentencia definitiva y habiendo 5.571 causas en que la demanda se tuvo por no presentada, concluyendo el resto por algún método diverso; 11.079 causas se tramitaron bajo juicio sumario, teniéndose 843 demandas por no presentadas y finalizando 5.184 por sentencia definitiva y el resto por algún método diferente; y en el caso del juicio ejecutivo se presentaron 1.090.426, de las cuales 644.166 se tuvieron por no presentadas y sólo 2.829 terminaron por sentencia definitiva. Es de esta manera que si se descuenta del total de causas aquellas en que la demanda se tuvo por no presentada –y que constituye el mayor porcentaje–, el total de causas tramitadas se sitúa en 479.981 causas, lo que da un promedio de 15.999 causas aproximadamente por tribunal, traducándose en 687 veces la cantidad de causas que tienen lugar en el tribunal de defensa de la libre competencia y 264 veces la cantidad de causas del tribunal ambiental de Santiago.

Cabe agregar todavía, que según las estadísticas del estudio citado en el párrafo anterior, durante el año 2009 se tramitaron en los 30 Tribunales Civiles de Santiago 1.130.561 causas¹⁰⁴, lo que da un promedio de 37.685 causas por Tribunal, es decir, 1.617,4 veces la cantidad de causas promedio que ingresan al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y 622,9 veces la cantidad de causas que ingresan en promedio por año al Tribunal Ambiental de Santiago.

A mayor abundamiento, durante la tramitación del proyecto que creaba el tribunal de contratación pública, el ministro de justicia de la época indicó en la comisión de constitución del senado que

“el proyecto intenta cautelar que lo que ocurra en materia de administración de justicia, en el país, sea coherente con otras decisiones políticas y legislativas que se han tomado; y, en ese sentido, es adecuada la creación de un tribunal especial que permita que la resolución de los conflictos que se generen en esta materia, sea más rápida de lo que ocurre en la actualidad”¹⁰⁵.

En igual sentido se expresó el ministro de economía durante la tramitación del proyecto que creaba el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia¹⁰⁶.

Situación similar se le atribuye a la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, exponiendo el mensaje del proyecto de su creación que “el nombramiento de profesionales de excelencia, su mayor dedicación al Tribunal, la dotación de personal y presupuesto propios, y su duración temporal (tres años prorrogable previo concurso), sin duda aumentarán la solidez y prontitud de los pronunciamientos del Tribunal”¹⁰⁷.

Lo mismo ocurrió en la tramitación de los tribunales tributarios aduaneros, exponiendo el director del servicio de impuestos internos, en la comisión de hacienda de la cámara de diputados que “los procedimientos propuestos serán más ágiles y eficientes que los actuales,

¹⁰⁴ *Ibidem*. P. 12 y ss.

¹⁰⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2003. Comisión de constitución del senado, segundo trámite constitucional, 18 de noviembre de 2002. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5860/>> [Consulta: 19 de septiembre de 2017].

¹⁰⁶ “Sobre este tema, mencionó que al Ministerio le parece una buena opción, estadísticamente respaldada, sustituir órganos permanentes, débilmente constituidos, por un esquema de mayor flexibilidad, como el que proporcionan los Fiscales Adjuntos, junto con las ventajas de un único Tribunal fortalecido, que asegura una mayor rapidez, solidez y uniformidad de criterios”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2003b. Historia de la ley N° 19.911 [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5814/>> [Consulta: 19 de septiembre de 2017].

¹⁰⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2003b. Mensaje. Primer trámite constitucional proyecto de ley N° 19.911. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5814/>> [Consulta: 19 de septiembre de 2017].

por cuanto se propone un procedimiento concentrado, de plazos breves, que garanticen su rápida tramitación. Al respecto, puntualizó que, básicamente, se trata de las normas sobre el juicio sumario”¹⁰⁸.

Todo lo anteriormente descrito, permite constatar dos características de los Tribunales Especiales, siendo probablemente una consecuencia de la otra. En primer lugar, la baja carga de trabajo en comparación con la justicia ordinaria a la que se encuentran sometido estos tribunales, lo cual repercute directamente en la rapidez de la tramitación de las causas. Esto puesto que se levanta como una variable directamente proporcional la carga de trabajo que tiene un tribunal, con la rapidez en su tramitación, aunque sin desconocer que otros factores – como es la actividad o inactividad de las partes– también influyen, o pueden influir, en mayor o menor medida en la determinación de la variable.

¹⁰⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2009. Primer informe de la comisión de hacienda, cámara de diputados, primer trámite constitucional ley N° 20.322, 05 de abril de 2004. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4742/>> [Consulta: 19 de septiembre de 2017].

2. LA INECUACIÓN DE LA ESPECIALIDAD

2.1 La política pública de los Tribunales Contencioso Administrativos: Beneficios y Costos.

La política pública que fluctúa entre la creación de una estructura general que contenga los contenciosos administrativos, por una parte, y la creación de diversos tribunales *boutique*, por otra, debiera inclinarse en uno u otro sentido, desde una óptica económica, valorando los beneficios y costos de ambas decisiones, optando por aquella que en la sumatoria reporta mayores beneficios.

En la actualidad, nuestro sistema de justicia administrativa optó por la segunda de aquellas decisiones, de lo que se deduce que varios tribunales especiales con competencias delimitadas implicaban mayores beneficios que los costos que traía aparejada la misma estructura. Determinar si la toma de esta decisión, en tanto política pública, fue correcta desde la óptica económica planteada, fuerza a realizar una reconstrucción de las variables que se debieron considerar para la elección, de modo tal de reelaborar el análisis económico de beneficios y costos de la especialidad.

2.1.1 Beneficios

Algunos beneficios que reporta un panorama de tribunales especiales -los denominados anteriormente “beneficios de la especialidad”- ya han sido reconstruidos a partir del análisis de los distintos proyectos de ley que crearon aquellos tribunales, sumado a la revisión estadística realizada en base a los tribunales existentes en nuestro sistema. Así, entre los beneficios que reportan los tribunales contenciosos administrativos especiales encontramos: (i) decisiones más razonables y acabadas o, en otras palabras, una mayor calidad de la decisión (C_aD) si se compara con un tribunal general; (ii) uniformidad en la decisión y; (iii) rapidez en la tramitación (R_T).

De esta manera, sólo considerando aquellas variables, y sin aún entrar al análisis de los costos ni de cada variable en específico, una aproximación preliminar a la decisión de la política pública mencionada, en la cual se opta por la creación de tribunales especiales, arroja la siguiente inecuación:

$$(i) \quad R_T + C_aD + B_{\text{Uniformidad}} > C$$

Donde R_T representa la rapidez en la tramitación; C_aD la calidad de la decisión; $B_{Uniformidad}$ el beneficio de la uniformidad; y C los costos.

Esto quiere decir, que los beneficios de la rapidez de la tramitación, calidad de la decisión y de la uniformidad son mayores que los costos que conlleva la política de crear tribunales contencioso administrativos especiales.

Ahora bien, un análisis un poco más detallado de las variables descritas, en específico de la calidad de la decisión, llevará a exponer de mejor forma en términos de variables, los beneficios de la especialidad. La calidad de la decisión que se esboza como mejor en comparación a una estructura general, está determinada –cómo se expuso en la primera parte de este trabajo– por el alto grado de conocimiento técnico que poseen los miembros del tribunal que deciden la controversia. No son jueces con una formación general que resuelven conflictos jurídicos comunes, son jueces que han dedicado su vida a estudiar sobre el área en que ejercen su competencia y que sólo conocen y resuelven conflictos dentro de esa delimitada área¹⁰⁹. Esto supone que su decisión estará mejor fundada y argumentada tanto cuantitativa como cualitativamente.

Dentro de ese panorama de la calidad de la decisión, la uniformidad surge como una consecuencia, puesto que, debido a que los jueces tienen un alto conocimiento técnico y que la cantidad de tribunales que conocen de conflictos en esa área de competencia es bajo (sólo uno, de hecho, en el caso del Tribunal de Propiedad Industrial, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y Tribunal de Contratación Pública), es que las sentencias tienden a ser uniformes¹¹⁰, lo que trae como beneficio la seguridad jurídica y otros aspectos. Por lo tanto, ambas variables se encuentran íntimamente relacionadas.

Ahora bien, se estructurará una calidad de la decisión en torno a dos pilares fundamentales: el alto grado de conocimiento técnico, producto de su estudio especializado en el área que conocen, que poseen los magistrados que resolverán los conflictos, lo cual

¹⁰⁹ No es de extrañar, en este contexto, que sea una exigencia para poder integrar alguno de estos tribunales especiales en la calidad de magistrado el hecho de contar con al menos 10 años de experiencia o de posesión de título profesional.

¹¹⁰ Los profesores Gabriel Doménech y Juan Mora-Sanguinetti exponen que: “Al minorar la cantidad de órganos jurisdiccionales competentes para juzgar sobre una determinada materia, la especialización mitiga el riesgo de que *es ese ámbito* se dicten decisiones contradictorias o incoherentes, lo cual redundaría en beneficio de la seguridad jurídica e igualdad de los justiciables, y evita allá los conflictos y las disfunciones que las contradicciones e inconsistencias jurisprudenciales suelen provocar”. [La cursiva es original]. DOMÉNECH, G. y MORA-SANGUINETTI, J. 2015. El mito de la especialización judicial. Revista para el análisis del Derecho (InDret). P. 12.

puede ser denominado como “Experticia”¹¹¹ y; el continuo contacto con los conflictos de esa área particular, es decir, el hecho de que se produzcan economías de escalas, los tribunales conocerán una serie de casos que tenderán a ser homogéneos, los conflictos se repetirán, lo cual provocará que la decisión sea más rápida y eficiente y los jueces adquirirán aún un mayor dominio en el área, lo cual puede ser denominado como “Experiencia”¹¹².

Dicho lo anterior, la calidad de la decisión podría ser replanteada como la suma de la experticia y la experiencia:

$$(ii) C_aD = E_{\text{experticia}} + E_{\text{experiencia}}$$

Luego, la inequación del mismo modo quedaría replanteada, al reemplazar (ii) en (i), en los siguientes términos:

$$(iii) R_T + B_{\text{Uniformidad}} + \underbrace{(E_{\text{experticia}} + E_{\text{experiencia}})}_{C_aD} > C$$

2.1.2 Costos.

Para representar fielmente la política pública decisoria analizada, se vuelve necesario realizar una revisión de los costos que implica su implementación. Las variables relativas a los costos pueden ser obtenidas a partir del reconocimiento de ellos en la construcción y desarrollo de este tipo de tribunales.

La creación de un tribunal especial por parte de la administración genera costos en dos vertientes diferentes. Por una parte, los genera para la propia administración y, por otra, para los justiciables que deberán acceder a este nuevo tribunal. Para la administración, a grandes rasgos, generará costos en cuanto a la construcción, operación y funcionamiento del tribunal, los que serán catalogados para efectos de este trabajo en “Costos de Gestión” ($C_{\text{Gestión}}$). En cuanto a los justiciables, los costos comprenden el pago de abogados especialistas, costos de acceso al tribunal, problemas de competencias, costos más elevados que en la justicia ordinaria respecto de peritos, de informes, entre otros. Estos costos para los efectos siguientes, serán agrupados como “Costos de Acceso” (C_{Acceso}).

¹¹¹ Será denominado para efectos de ser considerada como variable como: “ $E_{\text{experticia}}$ ”. El profesor Robert M. Howard sostiene que un beneficio de la especialización es la experticia (“Expertise is a significant benefit of a specialized court”). HOWARD, R. 2005. Comparing the Decision Making of Specialized Courts and General Courts: An Exploration of Tax Decisions. *The Justice System Journal*. 26(2): 136.

¹¹² Para términos de establecer la variable se denominará en las inequaciones como: “ $E_{\text{experiencia}}$ ”.

Tomando en cuenta que ambos costos son variables amplias que incluyen o abarcan los costos más específicos que implica la implementación y desarrollo de este tipo de tribunales, es posible sostener que los costos de gestión y los costos de acceso logran abarcar la totalidad, en amplias variables, de los costos que implica una estructura de tribunales especializados. De este modo, los costos se reformularían de la siguiente manera:

$$(iv) C = C_{Gestión} + C_{Acceso}$$

Luego, reemplazando la ecuación (iv) en la inecuación (iii), nos resultaría la siguiente inecuación:

$$(v) R_T + B_{Uniformidad} + \underbrace{(E_{Experticia} + E_{Experiencia})}_{C_{aD}} > C_{Gestión} + C_{Acceso}$$

De esta forma se estructura una inecuación aún no del todo desarrollada y con un mero análisis preliminar de los costos y beneficios, en términos generales, que implica el optar como política pública por la implementación de tribunales especiales.

Ahora bien, continuando con la revisión de los costos asociados, es procedente dilucidar los que componen las dos variables mencionadas. Los costos de gestión, costos propios que deberá asumir la administración, son los que se producen con el establecimiento de un tribunal y que implican costos referidos al personal humano que se requiere para operarlos, como también el costo mismo de la estructura de un tribunal, organización y todo lo necesario para su correcto funcionamiento¹¹³.

Un tribunal que es especializado en comparación con aquel generalista, implica un mayor conocimiento técnico de los miembros que lo componen: jueces, personal administrativo,

¹¹³ El profesor Doménech los denomina como “Costos de funcionamiento” y los señala como propios de las desventajas de la especialización. “De otro lado, los costes adicionales que eventualmente implicarán el funcionamiento ordinario de los nuevos órganos y la ejecución de las medidas conducentes a garantizar la formación específica de los correspondientes jueces, tales como la preparación y el desarrollo de las pertinentes pruebas selectivas”. DOMÉNECH, G. y MORA-SANGUINETTI, J. 2015. El mito... *op. cit.* P. 12.

En un sentido similar se expresan Catherine Pring y George Pring al referirse a las desventajas de la constitución de un tribunal o corte ambiental: “Crear una agencia o tribunal completamente nuevo puede implicar un presupuesto adicional sustancial para los jueces, el personal, el espacio, el equipo, la capacitación y la supervisión, lo que puede no estar justificado o ser posible. Diluir el presupuesto existente para un poder judicial o una agencia administrativa ya subfinanciados o sobrecargados puede, en realidad, restringir el acceso a la justicia, y no es una buena gestión” [La traducción es propia]. “Creating an entirely new agency or court can entail substantial additional budget for judges, staff, space, equipment, training, and oversight, which may not be justified or possible. Diluting the existing budget for an already underfunded or overburdened judiciary or administrative agency may actually reduce access to justice and is not good management”. PRING, G. y PRING, C. 2009. Greening justice... *op. cit.* P.17.

asesores, entre otros. Esto conlleva probablemente una mayor remuneración a sus cargos en comparación con la justicia general. Uno de los componentes de los costos de gestión será luego, el costo propio del personal del tribunal (C_{Personal}), costo asumido por la administración del Estado con la finalidad de otorgar un adecuado acceso a la justicia.

Por otra parte, el establecimiento de un tribunal implica costos de operación fuera de los personales, tales como el lugar de locación o sede del tribunal, un gasto en oficinas, en una estructura tecnológica adecuada para cumplir con los principios formativos del procedimiento –en general orales y grabados–, entre otros costos que pudieran situarse en esta misma idea. Así, pueden ser agrupados todos estos costos bajo la denominación de “Costo Material” (C_{Material}). Ergo, el costo de gestión quedaría replanteado en los términos siguientes:

$$(vi) C_{\text{Gestión}} = C_{\text{Personal}} + C_{\text{Material}}$$

En otro orden de ideas, el costo de acceso se evidencia en los justiciables, manifestándose en diversas formas, entre ellas, un mayor gasto en abogados, puesto que un abogado especializado en un área determinada tenderá a cobrar un mayor valor por sus servicios profesionales que un abogado generalista¹¹⁴. Esto se ocasiona sólo en gran parte por términos económicos. La oferta de abogados especializados en derecho ambiental, por dar un ejemplo, será mucho menor que la oferta en un área general administrativa. Esto implica que el costo tenderá a ser mayor. Del mismo modo, cabe la influencia de la necesidad de un mayor estudio y perfeccionamiento para realizar una asesoría o defensa jurídica adecuada, costo que se transmitirá directamente al cliente. A mayor abundamiento, Catherine Pring y George Pring señalan que los costos de un abogado en casos ambientales en Estados Unidos fluctúan entre los US \$400 – \$800 (cuatrocientos a ochocientos dólares) por hora, llegando incluso a los US \$1.000 en algunos casos. Agregan que los expertos técnicos y peritos pueden cobrar entre 10.000 y 30.000 dólares tratándose de casos simples¹¹⁵.

¹¹⁴ “Los procedimientos se vuelven mucho más especializados y por lo tanto se vuelve más costoso acceder a especialistas que puedan representar a usuarios, consumidores o comunidades frente a estos tribunales”. COSTA, E. 2014. Los tribunales administrativos especiales en Chile. *Revista de Derecho*. 27(1): 163.

¹¹⁵ “Las tarifas de presentación de demandas son una barrera muy pequeña en comparación con los costos de honorarios de abogados y testigos expertos, que pueden ascender a miles, sino millones, de dólares en un caso largo y complejo con apelaciones. Los abogados que son expertos en litigios ambientales lideran tasas asombrosas en los Estados Unidos, en el rango de los US \$ 400-800 por hora (con el nivel de US \$ 1,000 que se ha superado en los últimos años). En otros países, las tasas de facturación pueden ser mucho menores, pero, cuando se multiplican por las cientos de horas que puede tomar un caso en un Tribunal o Corte Ambiental, siguen siendo un precio formidable para pagar. Los expertos científicos y técnicos pueden costar entre \$ 10,000 y \$ 30,000 para casos

Asimismo, existirá un mayor valor en acceso propiamente tal al tribunal, debido a que sólo existe un pequeño número de tribunales especializados, la gran parte de ellos con asiento en Santiago, será mucho más costoso para quien desea acceder a la justicia litigar en esta ciudad si generalmente no desarrolla sus actividades en ella¹¹⁶. En otras palabras, interponer una reclamación administrativa ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia será más caro –en cuanto acceso– para aquella empresa que sólo desarrolla su labor productiva en la ciudad de Arica o en la de Punta Arenas. No sólo deberá buscar un abogado especialista en la materia, sino que deberá solventar el costo de litigar en Santiago con todo lo que ello implica: mayores costos procedimentales, probatorios, periciales¹¹⁷, etc. A modo de ejemplo, no sólo deberá rendir su prueba testimonial en Santiago, sino que además deberá costear el traslado, alojamiento y lo que se requiera, para poder rendir su prueba correctamente. Todos estos costos pueden ser agrupados dentro del concepto de “Gasto de Acceso” (G_{Acceso}). Denotando que el gasto asociado a este concepto corresponde a uno asumido por los justiciables.

Aun cabría agregar un problema que se genera producto de la existencia de diversos tribunales especiales que poseen competencias, en teoría delimitadas. Una estructura generalista sería única para conocer todos los problemas, en este caso, administrativos que se

razonablemente simples y muchos más para casos complejos. Los estudios de investigación científica o técnica, si son requeridos, pueden agregar miles más” [La traducción es propia]. “Filing fees are a very minor barrier compared to the costs of attorneys and expert witness fees, which can amount to thousands, if not millions, of dollars for a long and complex case and appeals. Attorneys who are expert in environmental litigation command staggering rates in the United States, in the US\$ 400-800 per hour range (with the US\$ 1,000 level having been topped in recent years). In other countries the billing rates may be much less, but, when multiplied by the hundreds of hours an ECT case can take, are still a formidable price to pay. Scientific and technical experts can cost \$10,000 to \$30,000 for reasonably simple cases and many more thousands for complex ones. Scientific or technical research studies, if required, can add thousands more”. PRING, G. y PRING, C. 2009. Greening justice... *op. cit.* P.42.

¹¹⁶ En parte esto es destacado por el diputado señor Mario Escobar durante la tramitación del proyecto que creaba el tribunal de contratación pública. Así, expuso que “Al respecto, la subsecretaria de Hacienda nos manifestó que por norma y por estar radicados en Santiago los principales organismos, se precisó que funcione también allí el tribunal que se crea. Sin embargo, debería establecerse claramente que para las reclamaciones efectuadas en las regiones más apartadas, el reglamento considerará una instancia que permita a dicho tribunal realizar un trabajo más efectivo y mejor dirigido”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2003a. Historia de la ley N° 19.886. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5860/>> [Consulta: 8 de agosto de 2017].

¹¹⁷ En este sentido se refieren Catherine Pring y George Pring al mencionar los costos propios de las causas ambientales: “El costo es una gran barrera para acceder a la justicia. Los casos ambientales en particular pueden ser extremadamente costosos para todas las partes, así como para el sistema judicial. Los gastos incluyen abogados, testigos expertos, tiempo para el juicio y el tiempo en el juicio, transcripción de largos testimonios, distancias de viaje, tarifas de presentación de demandas, pérdida de empleo y la posibilidad de que la parte vencida reciba la orden de pagar los gastos de la parte ganadora” [La traducción es propia]. “Cost is a huge barrier to access to justice. Environmental cases in particular can be extremely expensive for all parties as well as the judicial system. Expenses include attorneys, expert witnesses, time to trial and time in trial, transcription of lengthy testimony, travel distances, filing fees, lost employment, and the possibility of a losing party being ordered to pay the expenses of the winning party”. PRING, G. y PRING, C. 2009. Greening justice... *op. cit.* P.15.

generasen, sean de libre competencia, de tributos, de aguas, etc. Por el contrario, una serie de tribunales especializados implican competencias exclusivas y excluyentes, son como conjuntos que, en teoría, no debieran superponerse, de tal modo que ante un conflicto jurídico administrativo determinado, es posible definir a qué área del derecho –y en consecuencia a qué tribunal– le compete revisar, conocer, juzgar y resolver la controversia. Sin embargo, en la práctica, dicha situación no es del todo perfecta. Si se mantiene la metáfora de los conjuntos, en el caso chileno estaríamos ante la presencia de, al menos, 5 conjuntos, los que en una parte se van superponiendo el uno con el otro, presentándose problemas de competencia.

Con el fin de exponer concretamente lo anterior, cabe hacer mención a un caso referente a problemas con la naviera que realiza el servicio de transbordador entre la ciudad de Puerto Montt y la Isla de Chiloé. La empresa naviera dedujo sendos recursos en distintos tribunales del país en donde la pretensión que buscaba satisfacer era la misma. Así dedujo una demanda ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, una Nulidad de Derecho Público en un tribunal ordinario civil, una reclamación en el Tribunal de Contratación Pública y un recurso de amparo económico ante la Corte de Apelaciones de Puerto Montt. En todas ellas se solicitaba como medida provisoria u orden de no innovar o bien como fondo, la paralización de la licitación realizada por el MOP debido a vicios de legalidad. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia accedió a paralizar la licitación hasta conocer y resolver el fondo del asunto. ¿No se debiera más bien entender que ante tribunales especializados, sólo uno de ellos es competente para conocer de la controversia planteada?¹¹⁸ El problema se da por la ficción existente en la perfecta delimitación de competencias entre los Tribunales. “Dicha delimitación constituye a veces una tarea difícil y de resultados discutibles, no obvios, lo que puede hacer que proliferen interpretaciones encontradas, prácticas contradictorias, inseguridad, desigualdades y litigios sobre el particular”¹¹⁹.

Los problemas de competencias ($P_{\text{Competencia}}$) se muestran consiguientemente como un factor que influye en el acceso al tribunal, una incorrecta interpretación acerca de cuál es el órgano competente para conocer el conflicto o un conflicto de gran envergadura que abarque

¹¹⁸ “Un sistema así construido, es confuso, no tiene orden consecutivo de impugnación y ha dado origen a una cantidad de controversias de muy distinta naturaleza, teniendo como aspecto central el problema de la certeza sobre la estabilidad del acto administrativo, porque éste puede ser impugnado casi por idénticas causales por distintas vías”. CORDERO, L. 2015. Lecciones... *op. cit.* P. 615.

¹¹⁹ DOMÉNECH, G. y MORA-SANGUINETTI, J. 2015. El mito... *op. cit.* P. 13.

muchas áreas, implicará un mayor costo en el acceso para quien litiga –retomaré con mayor profundidad este costo en el capítulo referido al análisis de las variables–. Así las cosas, es dable sostener que el costo de acceso puede ser desarrollado de la siguiente forma:

$$(vii) C_{\text{Acceso}} = G_{\text{Acceso}} + P_{\text{Competencia}}.$$

Por ende, reemplazando (vi) y (vii) en (v) se obtiene la inecuación siguiente:

$$(viii) \quad R_T + B_{\text{Uniformidad}} + (E_{\text{xperticia}} + E_{\text{xperiencia}}) > \underbrace{C_{\text{Personal}} + C_{\text{Material}}}_{C_{\text{Gestión}}} + \underbrace{G_{\text{Acceso}} + P_{\text{Competencia}}}_{C_{\text{Acceso}}}$$

El profesor Maarten J. Kroeze, en un análisis comparativo entre tribunales con competencia general y especializada, sostiene que una de las desventajas probable que poseen los tribunales especializados, es lo que se puede denominar como probabilidad de captura¹²⁰. El círculo que se crea en torno a un tribunal especial es muy pequeño, se requiere de abogados especializados y la cantidad de causas que anualmente reciben es baja. Si a esto

¹²⁰ “Otra seria preocupación que se ha presentado en la literatura legal estadounidense –que probablemente esté relacionada con el sistema electoral de los jueces estatales en los Estados Unidos– es que un tribunal especializado está bajo mayor presión de ser influenciado por grupos de intereses especiales, que los tribunales generales. Esto se debe a que usualmente hay más tribunales generales y no vale la pena que grupos de intereses especiales ejerzan presión si solo hay unos pocos casos en cada tribunal general” [La traducción es propia]. “Another serious concern that has been put forward in American legal literature –send that is probably connected to the electoral system of state judges in the United States– is that a specialized court is under greater pressure to be influenced by special interest groups than general courts are. This is because there are usually more general courts and it is not worthwhile for special interest groups to lobby if there are only a few cases in every single general court”. KROEZE, M. 2006. The Companies and Business Court as a specialized court. En: BOUCHEZ, L., KNUBBEN, M., MCCAHERY, J., TIMMERMAN, L. (Eds.). The Quality of Corporate Law and the Role of Corporate Law Judges. P. 4.

Robert M Howard reconoce la misma crítica sobre la captura: “A pesar de los beneficios percibidos, muchos han argumentado que estos tribunales especializados son un poco mejor que las agencias que tienen que fiscalizar; esto es, critica que estos tribunales son capturados por la agencia, o bajo el control de los intereses de la industria” [La traducción es propia]. “Despite these perceived benefits, many have argued that these specialized courts are little better than the agency they supposedly review; that is, critics contend that these tribunals are captured by the agency or under the control of the industry interests”. HOWARD, R. 2005. Comparing the Decision... *op. cit.* P. 136.

Catherine Pring y George Pring reconocen la misma desventaja ante la creación de tribunales ambientales, señalando: “Los intereses especiales, ya sean desarrolladores, agencias gubernamentales o defensores del medio ambiente, pueden influir y controlar más fácilmente un Tribunal o Corte Ambiental pequeño que el sistema judicial general. La ‘captura del regulador’ es bien conocida en agencias donde los grupos poderosos pueden controlar el proceso de nombramiento, la presión política, el avance profesional, la permanencia, los salarios y los presupuestos. Existe evidencia de esto en jurisdicciones donde los jueces o funcionarios de los tribunales o cortes ambientales son designados por el mismo ministro o Departamento del Medio Ambiente cuyas decisiones revisa el tribunal o corte ambiental y que determina su salario y permanencia” [La traducción es propia]. “Special interests – be they developers, government agencies, or environmental advocates – can more easily influence and control a small ECT [Environmental Courts and Tribunals] than the general court system. The ‘capture syndrome’ is well-known in agencies where powerful groups can control the appointments process, political pressure, career advancement, tenure, salaries, and budgets. There is evidence of this in jurisdictions where the ECT judges or officials are actually appointed by the very Minister or Department of the Environment whose decisions the ECT reviews and who determines their salary and tenure”. PRING, G. y PRING, C. 2009. Greening justice... *op. cit.* P.18.

se suma que la cantidad de tribunales por área es bastante menor, en muchas ocasiones tan sólo uno, los jueces tendrán contacto continuamente con los mismos abogados especialistas y resolverán conflictos con clientes que se repetirán esporádicamente. Si bien esto no implica *per se* una situación negativa, sí envuelve un estado de peligro, en el cual existe la posibilidad de que se produzca la situación negativa: la captura de la autoridad judicial.

Si la probabilidad de captura es alta o baja en un sistema determinado dependerá de diversos factores y de la forma en la que la captura se manifieste “desde el cohecho o la prevaricación a la inducción de ligeros sesgos o simpatías favorables a determinados intereses o posturas, querencias de las que los jueces afectados tal vez no sean siquiera conscientes”¹²¹. Influirá no sólo el “nivel” de captura –de cohecho a meros sesgos– sino que también de lo rentable que, en un alto nivel, le resulta al justiciable capturar a la autoridad judicial. Así, por ejemplo, se podría sostener que, dado que los Tribunales Especiales se encuentran sometidos al control de los Tribunales Superiores, en especial de la Corte Suprema, es menos rentable la captura del Tribunal Especial puesto que existirá la posibilidad de que la Corte revierta la decisión tomada por el inferior si es contraria a Derecho.

En efecto, la probabilidad de captura opera como un verdadero contrapeso a los beneficios que reporta el tribunal especial. Una estructura generalista, con variedad de abogados litigantes, tribunales y magistrados que resuelven los conflictos, se encuentra en menor medida afecta a la captura de sus autoridades judiciales, es decir, con una probabilidad bastante baja. Es de esta forma entonces, que la probabilidad de captura ($P_{(c)}$) emerge como una variable que no puede ser pasada por alto al minuto de considerar la política pública que establece la estructura especializada, y que disminuye la sumatoria de los beneficios que otorga la especialidad. Integrando dicha variable en la inequación (viii) resulta lo siguiente:

$$(ix) \quad R_T + B_{\text{Uniformidad}} + \underbrace{(E_{\text{Experticia}} + E_{\text{Experiencia}})}_{C_aD} - P_{(c)} > C_{\text{Personal}} + C_{\text{Material}} + G_{\text{Acceso}} + P_{\text{Competencia}}$$

¹²¹ DOMÉNECH, G. y MORA-SANGUINETTI, J. 2015. El mito... *op. cit.* P. 17.

3. ANÁLISIS DE LAS VARIABLES.

3.1 El riesgo de Sustitución de la Política Pública.

Los profesores Javier Tapia y Luis Cordero, señalan¹²² que la especialización judicial producida en materia administrativa tendría su génesis en la constante especialización de las agencias administrativas. Es decir, dado que se fue complejizando el actuar y desarrollo técnico de las agencias administrativas¹²³, tuvo que complejizarse, en consecuencia, la estructura judicial llamada a la revisión de esas mismas actuaciones. La razón estriba en que el legislador buscaría decisiones estables a largo plazo las que sólo se podrían dar si quien realmente toma o controla dichas decisiones es la judicatura, y no la administración sujeta a los vaivenes políticos del gobierno de turno¹²⁴. Se alza la judicatura como contrapeso, como control a la administración¹²⁵. Por otra parte, la justificación manifestada de dicha judicatura especializada sería –como es de suponerse– la necesidad de un conocimiento especializado de los jueces, puesto que el conflicto se planteará en términos técnicos, siendo necesario que el tribunal conozca la terminología y el área de conflicto planteada a cabalidad para tomar una correcta decisión.

De lo anterior, lo que uno debiera preguntarse es si es que realmente existe una relación directa e insustituible entre la especialización de las entidades o agencias administrativas y la especialización de los tribunales, o bien, si es que existe alguna medida o solución alternativa

¹²² CORDERO, L. y TAPIA, J. 2015. La revisión judicial de las decisiones regulatorias. *Estudios públicos*. 139: 7 – 65.

¹²³ Para un análisis de esta situación y de la especialización de las agencias administrativas véase: THATCHER, M. & STONE, A. 2002. *Theory and Practice of Non-Majoritarian Institutions*. *West European Politics* 25: 1 – 22.

Sin referirme extensamente pues rebasa los términos de este trabajo, la especialización de la administración podría implicar –a juicio de Cordero y Tapia– beneficios tales como la independización y ausencia de clientelismo de estas agencias, además de fijar objetivos a largo plazo. Lo que sí me parece necesario destacar, es que el problema, a mi juicio, se ocasionaría en el caso de que los objetivos y beneficios de la especialización de las agencias, se traslada a los tribunales especializados, por su propia experticia y experiencia y entonces deja de ser una decisión administrativa y pasa a ser una decisión judicial o, lo que es lo mismo, los tribunales definen las políticas de la Administración.

¹²⁴ “En efecto, si el legislador calcula que sus réditos políticos en el corto plazo serán más beneficiosos si provee decisiones estables para el largo plazo, es la judicatura –no la Administración– la que se alza como el delegatario que mejor puede alcanzarlas, pues teóricamente se encuentra más alejada de la eventual influencia política. Es también posible afirmar que el creador de la norma simplemente prefiere no aceptar su responsabilidad por ella (*blame shifting*) y, por tanto, delega en el intérprete, particularmente en la judicatura, que será en definitiva quien cargue con la responsabilidad de una determinada interpretación. Cualquiera sea el caso, la respuesta institucional paralela natural al fortalecimiento de la Administración fue fortalecer la judicatura”. CORDERO, L. y TAPIA, J. 2015. *La revisión...* *op. cit.* P. 28.

¹²⁵ “Con todo, la necesidad de crear mecanismos de control de la Administración ha pasado a ser un tema importante en la agenda y la solución que se ha estado intentando ha sido la creación de Tribunales Administrativos Especiales, con las especificidades que veremos”. COSTA, E. 2014. *Los tribunales...* *op. cit.* P. 156.

que permita una correcta resolución del conflicto y que no ocasione la indefensión de los justiciables. La respuesta en términos de política pública fue que la relación correcta se producía con una jurisdicción especializada, dado que además los beneficios de dicha especialización serían muy superiores –o al menos superiores– a los costos de su implementación y desarrollo.

Existiendo ya una inequación planteada en términos tales de suponer que se reconstruye la toma de decisión de la jurisdicción administrativa, el análisis en lo que sigue buscará incorporar variables que probablemente no fueron tenidas en consideración al momento de la decisión, que fueron disminuidas o bien aumentadas con el fin de exponer una situación diferente a la que se ocasionaría.

Una de las repercusiones de una judicialización especializada es que “crea incentivos a incrementar la discreción mediante la revisión de *todos* los aspectos de la decisión previa”¹²⁶, no sólo analizará un tribunal especializado los argumentos de derecho, sino que también, probablemente, los de hecho, los técnicos y los discrecionales: tenderá a sustituir la decisión de la administración¹²⁷. Esto se produce, dado que el tribunal se sentirá cómodo tomando una decisión en un área en la que es experto, a diferencia de lo que debiera producirse con un tribunal general. Pareciera ser de toda lógica que el tribunal especializado no se viera restringido en cuanto a su revisión sino, entonces, qué sentido tendría su establecimiento. ¿Podiera acaso crearse un tribunal especializado, integrado por magistrados abogados expertos en materia medioambiental, de libre competencia, de tributos, etc., y por magistrados científicos, economistas, con experticia en una ciencia o arte determinada y entonces limitar su revisión a la sola interpretación del derecho? La respuesta sensata parece inclinarse por la negativa¹²⁸.

¹²⁶ CORDERO, L. y TAPIA, J. 2015. La revisión... *op. cit.* P. 33.

¹²⁷ “[El tribunal especializado] tiene escasos incentivos a ser deferente con la Administración, pues –como hemos visto– su propio conocimiento (ya sea acumulado en el tiempo o adquirido por conocimientos en una determinada ciencia o arte) le permite examinar, con confianza y proveyendo fundamentos adecuados, no sólo el derecho, sino también cuestiones de hecho y de política”. *Ibidem*, p. 39.

En el mismo sentido: “Los tribunales especializados son menos deferentes con las agencias que con los tribunales federales no especializados de jurisdicción general. (...). Con experiencia en estas áreas del derecho, los tribunales no tienen que depender de la interpretación de la agencia” [La traducción es propia]. “Specialized courts are less deferential to agencies than the nonspecialized federal courts of general jurisdiction. (...). With expertise in these areas of law, the courts do not have to rely on agency interpretation”. HOWARD, R. 2005. Comparing the Decision... *op. cit.* p. 136.

¹²⁸ “Si este organismo [el tribunal especializado] es restringido por el estándar, no parece que hubiera existido razón alguna para crear tal organismo en primer lugar, pues se perderían los beneficios de la especialización”. CORDERO, L. y TAPIA, J. 2015. La revisión... *op. cit.* P. 12.

Esto conlleva un nuevo costo, que probablemente en términos económicos –y no políticos¹²⁹– fue pasado por alto al momento de definir la política pública, y es que si bien se debe haber tenido en consideración el mayor control a la administración que se produciría por parte de estos tribunales, se debe a la vez, haber disminuido u omitido el costo que para la administración y el Estado ocasiona el riesgo de que se verifique la sustitución de la decisión. Así, es dable sostener que surge una nueva variable, directamente relacionada con la deferencia de los tribunales a la administración, la que, cuando se verifica, ocasiona el aumento del costo estatal por sustitución de la decisión, la que denominaré “riesgo de sustitución de la política pública” (rS_{pp}).

Esta nueva variable de riesgo de la sustitución de la política pública no aumenta o disminuye los valores de las otras variables de la inequación, no tiene relación directa con ellas, sino que surge como una auténtica nueva variable que aumenta los costos de esta nueva estructura institucional, se ocasiona un aumento del costo estatal dado que se produjo un gasto de capital humano y dinerario en la producción de una política pública, se realizó una planificación, se consideró presupuesto en base a un diseño determinado, que posteriormente es modificado por la decisión del tribunal, lo que claramente ocasiona un gasto mayor para la administración¹³⁰. De esta forma, los costos pueden ser replanteados en los siguientes términos:

¹²⁹ Con esto quisiera hacer referencia a que la intención no manifiesta era que hubiese más control a la administración y no tomara decisiones a su antojo, de modo tal que el Tribunal se levantara como contrapeso incluso sustituyendo la decisión de la administración. En términos políticos esto debió considerarse, pero estimo que no en términos económicos como modo de presentar los beneficios y costos al momento de definir la política pública, así surge una nueva variable no considerada que modifica la inequación original, ya reconstruida.

¹³⁰ Es pertinente citar, a modo de ejemplo, la decisión tomada por la Excm. Corte Suprema en el conocido “Caso Ciclovías” de 27 de junio de 2013, rol 2272-2013, en el que un grupo de vecinos interpone un recurso de protección en contra de la Municipalidad de Rancagua que decide emplazar una ciclovía que cruzaría a través de sus antejardines y entradas de vehículos, por considerar que dicho actuar era arbitrario dado que existía una “franja de terreno abandonada y huérfana de toda preocupación y mejora” –en palabras de la sentencia– por el cual podría cruzar la ciclovía sin afectar los antejardines de los vecinos, hermoseando, además, dicho descuidado lugar. El recurso es rechazado por la Corte de Apelaciones de Rancagua, cuya sentencia es revocada y, en consecuencia, acogido el recurso por la Corte Suprema, indicando que el actuar fue arbitrario por parte de la municipalidad, ordenándose la suspensión de las obras y la realización de estudios de factibilidad técnica para demostrar fehacientemente por parte de la municipalidad la inviabilidad de realizar la ciclovía en la franja de terreno recomendada por los recurrentes.

Lo que busco dejar de manifiesto con esta situación, es que sucede en este caso una sustitución de la política pública por parte de los Tribunales, de tal modo que uno debiera entender que quien en mejor posición se haya para determinar dónde debe emplazarse dicha ciclovía es la Municipalidad, ella está consciente de los recursos que posee y de la planificación urbana que realiza, sin embargo, en este es la Corte la que decide –aunque no explícitamente– dónde se emplazará la ciclovía. Si existe la factibilidad de construcción de ella en el lugar señalado por los recurrentes, la Municipalidad deberá emplazarla en ese nuevo lugar, aunque los costos de esto se incrementen en relación a los considerados para la vía original, incluyendo los gastos ocasionados producto de la paralización de las obras, incumplimientos de contratos, retractación de las faenas iniciadas, etc.

$$(x) \quad C = C_{\text{Personal}} + C_{\text{Material}} + G_{\text{Acceso}} + P_{\text{Competencia}} + rS_{\text{pp}}$$

Aumento del Gasto Estatal

Cabría agregar, que el supuesto de sustitución de la política pública se opone a un escenario –en los términos de Tapia y Cordero– de deferencia, en el cual el control a la administración se limite a ámbitos de derecho y no técnicos o de oportunidad. En este último contexto, dicha variable se ve suprimida o bien, su valor en comparación con la de tribunales especiales disminuye considerablemente, pues en un contexto de deferencia el juez no será propenso a sustituir a la administración en la decisión sino sólo a controlar la sujeción al ordenamiento jurídico, en este caso, el valor de dicha variable sería prácticamente despreciable.

3.2 El revisor del revisor.

El diseño institucional de una estructura judicial determinada debería implicar una coherencia sistémica, de modo tal que la relación entre las diversas instancias judiciales tenga cierto grado de conexión que esfume los atisbos de contradicción entre uno y otro nivel. En otras palabras, ante el supuesto de una decisión razonable de gran calidad como debiera ser la dictaminada por un órgano judicial especializado, es esperable que el tribunal que revise dicha decisión sea altamente especializado, o bien, tenga un alto grado de deferencia con el revisor especializado. La deferencia de la revisión no sólo vendrá otorgada por un acto de respeto hacia el tribunal inferior, sino que debiera ser determinado por la amplitud del recurso que se establece para revisar las decisiones del inferior¹³¹.

Los profesores Tapia y Cordero señalan que la Corte Suprema ha indicado que el recurso de reclamación en materia de libre competencia le permite revisar no sólo cuestiones de derecho, sino que también de política y los hechos¹³². Por el contrario, en materia ambiental, sólo se permitió el recurso de casación lo cual limita la revisión del tribunal superior a ámbitos estrictamente jurídicos, cerrando la puerta para una revisión amplia de la Corte, pero

¹³¹ “(...) independiente del juicio de valor que pudiera efectuarse respecto de dicha característica [que la Corte Suprema se encuentra integrada por jueces generalistas dentro de un mundo especializado], ella debiera *prima facie* generarle a la Corte incentivos a ser deferente con el decisor primario. Sin embargo, (...), la concreción práctica de dicho incentivo dependerá fundamentalmente de los recursos a través de los cuales la decisión llega a su conocimiento”. CORDERO, L. y TAPIA, J. 2015. La revisión... *op. cit.* P. 55 y ss.

¹³² *Ibidem*, p. 56.

manteniendo una ventana abierta, pues el diseño olvidó el recurso de protección en materia ambiental que permite una revisión no deferente por parte de la Corte Suprema¹³³.

La situación descrita manifiesta un costo que es propio del diseño institucional y que se produce solo por una planificación poco pulcra que pasa por alto un elemento esencial de la construcción de un sistema especializado de revisión¹³⁴, cual fluctúa entre la dicotomía de recursos más acotados circunscritos a la revisión del derecho por las funciones propias de la Corte Suprema y, por ende, mayor deferencia, y el establecimiento de una instancia revisora del revisor que sea especializada o con características similares, lo cual en términos económicos es poco eficiente. Este último es el parecer del profesor Pedro Pierry quien señala que

“[s]i se decide por incluir en la justicia contencioso administrativa a las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, se solucionaría el verdadero problema existente en materia de procedimiento tributario, que es en realidad la falta de especialización de los tribunales superiores para conocer de los reclamos que se interponen en contra de las resoluciones de las autoridades administrativas, que forma parte de lo contencioso administrativo”¹³⁵.

Sostener que en este contexto la sustitución de la decisión por parte del segundo revisor incrementa el gasto estatal, es una afirmación bastante plausible. Dado que existe la posibilidad de que el segundo revisor sustituya la decisión del primero, ya que cuenta con una amplia facultad de revisión, habrá un mayor gasto de recursos puesto que se pasará por alto la revisión primaria especializada; se pierde, desde luego, el beneficio de la especialidad, carece de sentido establecer una primera instancia especializada, cuando un segundo tribunal, carente de dicha especialización revisará y podrá sustituir la primera decisión abiertamente. Esto no implica una disminución no considerada de la variable de la calidad de la decisión como pudiera creerse –si más revocan mis sentencias, menor sería mi calidad de la decisión– sino que surge como una variable nueva, ajena a las anteriores. No se relaciona de forma directa con la calidad de la decisión ya que en el caso de que el fallo del tribunal

¹³³ Imagínese un recurso de protección interpuesto en contra de una resolución de calificación ambiental.

¹³⁴ “(...) el estándar de revisión debiera ser diseñado ‘a la medida’ de las características institucionales de dicho órgano, atendido los incentivos que generan tales características. Así, si el organismo de revisión es generalista y carece de *expertise*, es altamente probable que tenga un incentivo a ser deferente con la Administración, al menos respecto de cuestiones de hecho y, posiblemente, también de política pública. Por tanto, en principio el estándar de revisión no debiera permitirle ir más allá de las cuestiones de derecho (...)” lo que a su vez es aplicable al revisor del revisor. CORDERO, L. y TAPIA, J. 2015. La revisión... *op. cit.* P. 12.

¹³⁵ PIERRY, P. 2000. Tribunales... *op. cit.* P. 113.

especializado sea uniforme con los anteriores, y cuente con experticia y experiencia en la materia específica, además de que se considere que su decisión es técnica y jurídicamente acertada, de igual forma –con independencia de aquello– podrá un tribunal superior, no experto en el área, sustituir la decisión tomada. Es por esto, que no se afectan las variables de experticia ni experiencia de la calidad de la decisión, ni tampoco la uniformidad; por la misma razón de que la calidad de la decisión no se expresa como una *ratio* entre las decisiones tomadas en primera instancia especializada y la cantidad de fallos revocados y confirmados, sino que se independiza de aquello, pues las instancias –si es que se me permite denominarlas así–, no son comparables en sus propios términos: una es especializada y la otra generalista.

Esta situación es reconocida por la comisión de economía durante la tramitación del proyecto que creaba el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la que sugiere que se tenga especial consideración, en que “el Tribunal debiera estar completamente desvinculado del Poder Judicial, dado su carácter especializado; las dos instancias pueden ser concebidas dentro del sistema, evitando los recursos ante la Corte Suprema”¹³⁶.

En suma, es posible agregar un nuevo costo, que será denominado “riesgo de Sustitución de la Decisión Primaria” (rS_{dp}) y que consiste en la posibilidad de revocación por parte del tribunal superior, no especializado, de las decisiones tomadas por el tribunal especializado, haciendo frente a cuestiones que escapan del área de especialización del superior que, como es de imaginar, refiere a la interpretación del derecho¹³⁷.

3.3 La calidad de la decisión: el conocimiento especializado.

Las características propias de los tribunales especiales ocasionan que uno se incline por argumentar que sus decisiones parecieran estar revestidas de una mayor calidad en comparación con la decisión adoptada por un tribunal que carece de especialización. Esto se produce –como ya se expuso– debido a que el tribunal cuenta con experticia y experiencia –las variables de la calidad– y, además, dicta fallos uniformes que se asocian a una mayor seguridad jurídica y, sin duda, presenta una menor carga de trabajo que le permite dedicar

¹³⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2003b. Informe de la Comisión de Economía del Senado, primer trámite constitucional de la ley N° 19.911, sesión 22, legislatura 347, 13 de agosto de 2002. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5814/>> [Consulta: 10 de agosto de 2017].

¹³⁷ Es clarificador de esta situación lo resuelto por la Corte Suprema –señalado a pie de página en el texto ya citado de los profesores Tapia y Cordero– en sentencia rol 3449-2006, de 29 de noviembre de 2006 en que la Corte interpreta erróneamente, aun en contra de lo señalado por la literatura específica de la materia, qué es un precio predatorio, indicando la no necesidad de poder de mercado para que se configure dicha situación.

mayor tiempo al estudio de la causa, conocen de mejor forma, con mayor profundidad el derecho y los principios aplicables a la situación específica¹³⁸. La característica esencial que determina buenas decisiones es la información con que cuenta el revisor de la medida. Si bien, en ciertos escenarios el alto grado de conocimiento técnico no es necesario para dar una acertada respuesta –claro está que me refiero al ámbito administrativo– como sería que un tribunal medioambiental deba revisar si se tomó o no en consideración por parte de la resolución de calificación ambiental la observación realizada por una ciudadana o un ciudadano cualquiera, lo cierto es que estos tribunales, en su mayoría, conocen de causas que debaten contenidos altamente técnicos o que se inmiscuyen en áreas bastante especializadas¹³⁹ dentro de su órbita de competencia¹⁴⁰.

¹³⁸ Un comité encargado de la revisión de los tribunales comerciales y de negocios norteamericanos, refiriéndose – en ese marco de análisis– a la calidad de la decisión sostiene que: “Fácil de predecir, pero tal vez menos fácil de evaluar, es el incremento en la calidad de las decisiones. Los jueces especializados que conocen mejor la ley y el contexto empresarial de las disputas deben ser capaces de tomar decisiones que son aplicaciones más precisas de los principios legales que rigen, más consistentes de un caso a otro (y por lo tanto más predecibles) y más compatibles con decisiones relacionadas con doctrinas legales. Todos estos resultados deberían ser objetivos importantes para los administradores judiciales” [La traducción es propia]. “Easy to predict, but perhaps less easy to evaluate, is the increase in the quality of decisions. Specialized judges who know better the law and the business context of disputes ought to be able to render decisions that are more accurate applications of governing legal principles, more consistent from case to case (and therefore more predictable), and more compatible with decisions involving related legal doctrines. All of these results should be important goals for judicial administrators”. AD HOC COMMITTEE on business courts. 1997. Business courts: towards a more efficient judiciary. The business lawyer. 52(3). P. 952.

¹³⁹ “La obsesión con la generalidad priva al poder judicial federal de la experiencia potencial, que podría ser extremadamente útil en casos que involucran doctrinas complejas y conocimiento especializado. Sin duda, la experiencia no lo es todo para el jurista ideal, doctrinalmente cuando los problemas requieren opciones de valor en lugar de precisión técnica, pero incluso si los jueces expertos no pueden garantizar necesariamente las respuestas correctas, es más probable que sus decisiones caigan dentro del subconjunto de mejores respuestas debido a su mayor experiencia y comprensión del campo” [La traducción es propia]. “Obsession with the generalist deprives the federal judiciary of potential expertise, which could be extremely useful in cases involving complex doctrines and specialized knowledge. To be sure, expertise is not the be-all-end-all of the ideal jurist, particularly when issues require value choices rather than technical accuracy, but even if expert judges cannot necessarily ensure *right* answers, their decisions are more likely to fall within the subset of *better* answers owing to their greater experience and understanding of a field”. CHENG, E. 2007. The Myth of the Generalist Judge: An empirical study of opinion specialization in the federal courts of appeals. 61. Pp. 4 y ss.

En el texto citado el autor sostiene una postura de reforma a los Tribunales Federales de tal manera que se inclinen por la especialización y dejen de lado su postura generalista. Analiza las opiniones de diferentes jueces y señala, finalmente, el bajo costo de reestructurar las Cortes para que se vuelvan especializadas de forma gradual, sin la necesidad de crear una nueva estructura.

Por su parte, en el caso de Chile el profesor Ezio Costa señala que: “En la mayoría de los mensajes de las leyes que crean Tribunales Administrativos Especiales, y en sus discusiones, se habla de la necesidad de crearlos por cuanto los temas que abordan son de alta complejidad técnica y por lo tanto requeriría de personas altamente capacitadas en él para resolverlos”. COSTA, E. 2014. Los tribunales... *op. cit.* P. 156.

¹⁴⁰ Imaginemos una reclamación en contra de una liquidación realizada por el Servicio de Impuestos Internos en base al cálculo del impuesto que debe pagar un trabajador por una indemnización por años de servicios recibida que es superior a los topes legales, en que había diversas asignaciones esporádicas y que el trabajador considera fue realizada erróneamente. Para su resolución quizá no basta con saber la legislación aplicable, sino cómo realizar efectivamente el cálculo del impuesto, la base imponible, qué tributa y qué no, etc.

La eficiencia –y efectividad– es uno de los mayores beneficios que suele atribuirse a la especialización¹⁴¹, el continuo contacto con el área de desempeño particular ocasiona efectos positivos en la administración de justicia que permiten un uso más adecuado de los recursos, y ventajas a los justiciables¹⁴². A este respecto, el profesor holandés Maarten J. Kroeze, refiriéndose a las ventajas de los tribunales especiales indica: “Los tribunales especializados pueden resolver cuestiones de ley –*law*– de manera más eficiente y eficaz. Los jueces en un tribunal especializado son expertos en su área con experiencia en el manejo de asuntos en ese campo”¹⁴³.

Es el perfecto engranaje de variables y características lo que hace tremendamente atractiva este tipo de justicia en términos de calidad: el mayor tiempo de dedicación por parte de los magistrados al estudio de la causa y la repetición de casos similares ocasiona una suerte de economía de escala¹⁴⁴ que influye en uniformidad y rapidez. Un determinado problema jurídico que se repite, incentivará al tribunal a fallar en los mismos términos en que lo hizo con anterioridad, de ahí que se haya señalado que una variable es el beneficio de la

¹⁴¹ El profesor Juan Carlos Ferrada refiriéndose a los tribunales chilenos señala que: “(...) el legislador chileno ha establecido tribunales especiales de conformación peculiar para el conocimiento de asuntos administrativos –tendencia que se ha acentuado en la última década–, todos los cuales están relacionados con actividades administrativas de contenido económico, privilegiándose así un sistema expedito y eficiente de resolución de conflictos con la Administración del Estado, al margen de la jurisdicción ordinaria”. FERRADA, J. C. 2011. Los tribunales... *op. cit.* P. 135.

¹⁴² “Muchos de los argumentos a favor de los tribunales comerciales son los mismos que los de cualquier enfoque especializado para los juristas. A medida que los jueces escuchan constantemente tipos particulares de casos, desarrollan experticia, experiencia y conocimiento que les permite realizar sus funciones de una manera más eficiente de lo que podrían sin esa experticia. Son más eficientes y la calidad de sus decisiones es mejor. Los jueces especializados manejan todos los aspectos de los casos, desde el *discovery* hasta las mociones prácticas, conferencias de conciliación, responder a solicitudes de abogados dentro del tribunal, tomar la decisión final más rápidamente, con más confianza y con mucho menos uso de recursos” [La traducción es propia]. “Many of the arguments in favor of business courts are the same as those for any specialized focus for jurists. As judges consistently hear particular types of cases, they develop expertise, experience, and knowledge enabling them to perform their functions more proficiently than they could without that expertise. They are more efficient and the quality of their decisions is better. Specialized judges handle every aspect of cases, from discovery to motion practice, to settlement conferences, to responding to in-court requests of counsel, to making the ultimate decision more rapidly, more confidently, and with much less use of resources”. AD HOC COMMITTEE on business courts. 1997. Business courts... *op. cit.* P. 951.

En el mismo sentido: “Los tribunales especializados otorgan decisiones con una mejor calidad que conduce a una mayor previsibilidad” [La traducción es propia]. “Specialized courts give decisions with better quality leading to more predictability”. KROEZE, M. 2006. The Companies... *op. cit.* P. 3.

¹⁴³ [La traducción es propia]. “Specialized courts can resolve question of law more efficiently and effectively. The judges in a specialized court are experts in their field with experience in handling matters in that field”. KROEZE, M. 2006. The Companies... *op. cit.* P. 2.

¹⁴⁴ “La ventaja fundamental de la especialización judicial es que engendra economías de escala en la resolución de asuntos. Para juzgar cabalmente un caso hacen falta conocimientos, e incluso destrezas y habilidades, que es posible que el juez no posea antes de enfrentarse al mismo de manera que necesite adquirirlos *ad hoc*. Obviamente, algunos de esos conocimientos, destrezas y habilidades podrán ser aplicados con posterioridad para enjuiciar otros casos similares, en mayor medida cuanto mayor sea la similitud existente entre todos ellos”. DOMÉNECH, G. y MORA-SANGUINETTI, J. 2015. El mito... *op. cit.* P. 10.

uniformidad. Este conocimiento de problemas similares produce, en términos económicos, una economía de escala, ya que debido a que la situación se va reiterando en el tiempo, le es eficiente fallar al tribunal porque sólo reitera su fallo anterior. Disminuye, en efecto, el tiempo de la tramitación –el de dictación de la sentencia¹⁴⁵, por ejemplo– y, en consecuencia, aumenta el valor de todas las variables consideradas propias del beneficio de la especialización: (i) su tramitación será más rápida; (ii) habrá una mayor uniformidad; (iii) los jueces tendrán mayor experiencia ante ese mismo tipo de casos, conocerán de mejor forma el área en que se desenvuelvan¹⁴⁶; y (iv) adquirirán mayores destrezas para el razonamiento de ese tipo de problemas.

Ahora bien, es ese análisis de las ventajas de la justicia especializada el que permite percatarse de las falencias que afectan a los mismos beneficios analizados. Puede acaecer que el hecho de que se presenten economías de escalas y una continua uniformidad en las resoluciones del tribunal impacte de forma negativa en el balance de la inecuación planteada, ya sea dentro de las variables consideradas, o bien, a través del surgimiento de otras no contenidas en la inicial. Con el fin de un análisis más profundo, me detendré en la revisión de las dos características beneficiosas mencionadas: economías de escala y beneficio de la uniformidad.

Ambos elementos se encuentran genuinamente entrelazados, forman un todo, el beneficio de la seguridad jurídica con ocasión de fallos uniformes es producto de que el tribunal conocerá casos similares y, a medida que exista una mayor reiteración de dichos casos, se manifestará el beneficio de la economía de escala, mayor eficiencia por parte del órgano judicial. Esto obliga a analizar la contracara de la uniformidad, aquel elemento que se ve

¹⁴⁵ Desde luego este es el plazo que por lógica uno estima que es el que se ve disminuido por el efecto de esta economía de escala, pero no es el único que se ve afectado. El tribunal podría ser propenso a no decretar medidas para mejor resolver, o no considerar ciertas observaciones que realicen los litigantes, porque contará con una imagen premoldeada del caso que se le presenta: ya sabe cómo se decide la controversia, poco o nada cambiará su dictamen el acceder a las solicitudes que se le realicen o decretar medidas para un conocimiento más cercano del caso.

¹⁴⁶ “Independientemente de si los jueces en un tribunal especializado tienen experiencia previa en el campo del trabajo de su tribunal, se convierten en especialistas una vez que comienzan su servicio judicial. Por lo tanto, ganan experiencia en su campo más rápidamente que los jueces en una corte generalista. Al hacerlo, es probable que aumenten la eficiencia y la efectividad con que se deciden los casos” [La traducción es propia]. “Whether or not judges on a specialized court have prior experience in the field of their court’s work, they become specialists once they begin their judicial service. Thus, they gain expertise in their field more quickly than judges on a generalist court. By doing so, they likely increase the efficiency and effectiveness with which cases are decided”. BAUM, L. 2010. Judicial Specialization and the Adjudication of Immigration cases. *Duke Law Journal*, 59(8). P. 1538.

disminuido o que desaparece con la concreción de la especialización, cual es, la diversidad en los fallos.

Si los tribunales especiales siempre fallan de una forma similar, suelen ajustar sus sentencias de modo tal de no provocar contradicción en la forma en que resuelven un determinado asunto, entonces no existe diversidad en la interpretación del caso y aquello, nos presenta –suponemos– un fallo más acertado, seguridad jurídica, una correcta decisión, todos los casos similares que se presenten son resueltos de la misma forma y se dirá que esa es “la respuesta correcta” al problema. Lo que quisiera resaltar y revisar en lo que sigue es si acaso la diversidad nos presenta algún beneficio que ha sido pasado por alto y que por tanto es eliminado al momento de establecer una justicia especializada.

Es de toda lógica suponer que una decisión acertada es propia de tribunales especiales y que no se verían afectados por el “problema” de sentencias contradictorias y revocadas, cuestión más propia de los tribunales generales¹⁴⁷. Con todo, esta situación pareciera establecer ciertos elementos que con un análisis más profundo parecen no ser de toda conveniencia.

En primer lugar, no cabe duda de que a pesar de que la decisión debiera ser rodeada de mayor precisión en la aplicación del derecho, existe la posibilidad de que el tribunal cometa errores de diversa índole, técnicos, de interpretación jurídica, etc. Centrándose en estos últimos, es posible que un tribunal superior sí se sienta conforme con modificar lo decidido por el especial, pues entenderá que, a diferencia de lo que ocurre con la decisión en aspectos técnicos, esta área sí corresponde a una en la que posee grandes destrezas. Ahora bien, del mismo modo, puede ocurrir que la decisión del tribunal especial sea errónea, que simplemente sus magistrados se equivoquen, pero que los tribunales que revisen dicha decisión no se percaten del error, o bien, que actúen con deferencia porque corresponde a un área más técnica de la decisión. Me centraré en este último aspecto.

Ante un error que es cometido por un tribunal especial y del cual no se percata el tribunal superior, o incluso lo toma como correcto, la posibilidad de que el error sea enmendado por el primero, es mínima. El tribunal, por ser único en su especie, o bien por tener un número

¹⁴⁷ “Pudiera parecer, a primera vista, que la reducción de la diversidad jurisprudencial ha de valorarse positivamente. La existencia de resoluciones judiciales que afirman interpretaciones contradictorias, que sientan criterios dispares, ha solido verse como un fenómeno esencialmente negativo, que debe prevenirse y corregirse hasta donde sea posible”. DOMÉNECH, G. y MORA-SANGUINETTI, J. 2015. El mito... *op. cit.* P. 16.

bajo de similares –como el tribunal ambiental, por ejemplo–, no tendrá incentivo alguno a dictar un fallo que contradiga lo que anteriormente decidió –he ahí la uniformidad–, la probabilidad de enmendar su error será baja. Esto es opuesto a lo que puede ocurrir ante un diseño en el que existen diversos tribunales que conocen de un mismo asunto, puesto que la probabilidad de que dos o más diferentes tribunales dicten sentencias en términos diversos es mayor –de ahí el fin mismo del recurso de casación en el fondo de la Corte Suprema: la correcta interpretación y unificación del derecho–, por cuanto aumenta la posibilidad de que el error sea percatado y se establezca alguna línea jurisprudencial que señale cuál es el correcto alcance de la norma en comento.

La anterior situación es destacada por el profesor Doménech quien indica que

“[l]a especialización judicial disminuye las posibilidades de que surjan doctrinas contradictorias en el seno del grupo de los órganos jurisdiccionales a los que se encomienda el conocimiento de un tipo de asuntos. Y ello por dos razones. En primer lugar, porque reduce el número de jueces que han de pronunciarse al respecto y, por lo tanto, la probabilidad de que alguno de ellos tenga una opinión distinta a la del resto. En segundo lugar, porque produce un cierto efecto homogeneizador sobre dichos jueces”¹⁴⁸.

La ausencia de discrepancia disminuye el desarrollo de doctrinas que se enfoquen en resolver de forma adecuada un determinado problema, promueve el *statu quo*¹⁴⁹, disminuye la discusión de teorías jurídicas sobre un caso para determinar cuál debe ser la correcta, nos priva de aquel beneficio que se traduce en una decisión aún más acertada¹⁵⁰. Del mismo modo, existe una mayor resistencia a las nuevas ideas, una menor adaptación de la estructura especializada a argumentos innovadores y posiciones no clásicas¹⁵¹. Una estructura

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ Basta con recordar la doctrina continuamente sostenida por la Corte Suprema sobre su ausencia de competencia para conocer de las causas administrativas mientras no se crearan los tribunales contencioso administrativos. Si bien, no corresponde a un tribunal especial, si corresponde a un tribunal único, carente de un par que pueda inclinarse por una doctrina disidente.

¹⁵⁰ “También se argumenta que el pensamiento legal puede beneficiarse si tribunales diferentes consideran la cuestión legal. Un tribunal especializado es a menudo el único de su tipo” [La traducción es propia]. “It is also argued that legal thought may benefit if legal issue are considered by different courts. A specialized court is often the only one of its kind”. KROEZE, M. 2006. *The Companies... op. cit.* P. 4.

¹⁵¹ “La especialización intensifica la exclusividad de esa rama de la ley y la inmuniza aún más contra el surgimiento de nuevas ideas, sugerencias, ajustes y compromisos que constituyen el tejido mismo de cualquier sistema viviente en la ley” [La traducción es propia]. “Specialization intensifies the seclusiveness of that branch of the law and that further immunizes it against the refreshment of new ideas, suggestions, adjustments and compromises which constitute the very tissue of any living system in law”. *Ibidem*.

especializada, se ve despercudida del beneficio de la diversidad, por optar por aquel que le otorga la uniformidad.

Desde luego, entonces, es posible sostener que un costo propio de optar por una estructura de tribunales especializados, será la pérdida del beneficio de la diversidad, variable que tendrá un mayor o menor valor, quizá, en gran medida, dependiendo de la cantidad de tribunales que conformen esa estructura especializada.

Finalmente, si bien la uniformidad nos presenta un beneficio, aporta en seguridad jurídica, la diversidad también nos genera un beneficio, en un plazo mayor se direcciona a otorgar decisiones más acabadas, meditadas y tesis jurídicas más pulidas, lo que prácticamente desaparece con una estructura especializada. En consecuencia, la pérdida del beneficio de la diversidad (lo cual puede ser definido como la resta del beneficio de la diversidad: “-B_{Diversidad}”, a los beneficios de la inecuación, o bien, la suma de la pérdida a los costos de la inecuación) constituye una nueva variable que se incorpora a la inecuación y que se relaciona directamente con el beneficio de la uniformidad.

Por lo anterior, se denominará a la pérdida del beneficio de la diversidad como “PB_{Diversidad}” y no será una resta del beneficio, sino que la pérdida se incorpora a la variable¹⁵². Luego, será incorporada en el conjunto de los beneficios de la especialidad, pero como una resta, denotando que a mayor pérdida de diversidad, menos beneficios tendrá la inecuación, dejando igualmente un espacio en el cual podría existir un equilibrio entre el beneficio de la uniformidad y la pérdida del beneficio de la diversidad que produzca la relación perfecta –obviamente en términos eminentemente teóricos–. Asimismo, esta variable se colocará en conjunto con el beneficio de la uniformidad, de tal modo de entregar matemática y visualmente una mejor aproximación a la lectura de la inecuación.

Los beneficios de la inecuación quedarían expresados de la siguiente forma:

$$(xi) \text{ Beneficios} = R_T + E_{\text{xperticia}} + E_{\text{xperiencia}} + (B_{\text{Uniformidad}} - PB_{\text{Diversidad}}) - P_{(c)}$$

Otro elemento a analizar, esta vez dentro de la variable de calidad de la decisión y considerando también la variable de beneficio de la uniformidad, es el efecto que tiene en el

¹⁵² Cabe destacar que se transforma la variable para poder ser incorporada sin problemas a la ecuación de la calidad de la decisión. No es posible expresarla como una suma del beneficio de la diversidad o una resta porque lleva a la confusión en la interpretación de la inecuación, resultando más fácil la interpretación como una resta de la pérdida del beneficio –el valor absoluto, en términos matemáticos–, con lo cual, a mayor pérdida del beneficio, un menor beneficio de la especialidad habrá.

sistema el hecho de que su valor sea mayor que en una estructura de tribunales generales. Para esto, se requiere dilucidar qué ocasiona en el sistema judicial, económico y social, aquella situación ante la cual tenemos tribunales que están tomando correctas decisiones. En primer lugar, nos encontramos ciertamente con una disminución en la utilización de los recursos procesales en dos diferentes ámbitos. De un lado una decisión uniforme debiera disuadir que los justiciables interpongan recursos frente a una sentencia si se sabe que existe una manera clara de solucionar la controversia planteada. De otro lado, interpuesto un recurso, surge el beneficio de las economías de escala y entonces su resolución es más expedita.

En segundo lugar, como consecuencia de la menor interposición de recursos judiciales, disminuye el gasto estatal, cada recurso que se interpone en un juicio implica el aumento de desembolsos por el Estado a fin de administrar correctamente la justicia, si la cantidad de recursos procesales disminuye –por ejemplo, debido a que se satisfacen los litigantes con la resolución del tribunal especializado– entonces se produce un ahorro estatal, un ahorro público.

En tercer lugar, la consecuencia anterior es igualmente extrapolable a los justiciables. Si existen sentencias que se encuentran mejor fundamentadas y donde las doctrinas tienden a la uniformidad, el litigante dejará de invertir recursos en acceder a otras instancias judiciales puesto que el modo de resolver la contienda ya se halla definido. Se ocasiona un ahorro privado, un menor gasto o inversión de los recursos por parte de privados puesto que la certeza jurídica es mayor.

Revisando ambos ahorros en conjunto, es que se puede concluir que el aumento de la calidad de la decisión, sumado al aumento del valor de la variable de beneficio de la uniformidad, implica un ahorro en el sistema en general, se descomprime el sistema judicial, se disminuye el gasto estatal y privado y emerge una judicatura más eficiente. Sólo es importante mantener en consideración que el beneficio de la uniformidad podría verse afectado por la pérdida del beneficio de la diversidad, pero no cabe duda que son las otras tres variables: experticia, experiencia y uniformidad, las que materializan el ahorro en el sistema. De tal modo que la ecuación (xi) puede ser esquematizada de la siguiente manera:

$$(xii) \text{ Beneficios} = R_T + E_{\text{experticia}} + E_{\text{experiencia}} + (B_{\text{Uniformidad}} - P_{\text{B Diversidad}}) - P_{(c)}$$

$$\underbrace{\hspace{15em}}_{(A_{\text{Pub}} + A_{\text{Priv}}) = A_{\text{ahorro en el sistema}}}$$

3.4 La probabilidad de captura.

La especialización de los tribunales no implica tan sólo la especialización institucional, sino que arrastra a otros agentes a dicha especialización. Los problemas jurídicos ya no se presentarán en términos generales, serán abordados desde diferentes aristas, cada cual en su respectiva competencia. Se requiere para litigar estos nuevos problemas, abogados especialistas que conozcan la legislación aplicable, las normas técnicas, los procedimientos, la doctrina y que hayan estudiado en profundidad el área en que se desenvolverán¹⁵³.

Lo anterior ocasiona que se vayan desarrollando selectos grupos de profesionales que se dedican a un área en especial, sin amplia variedad de abogados¹⁵⁴. En grandes casos judiciales, que conmueven a la opinión pública –supongamos en libre competencia–, cuando se conoce a las diversas partes que se enfrentarán, quienes se desenvuelven en el área jurídica se encuentran expectantes de saber qué estudio tomará la defensa de qué parte del caso.

Por otra parte, la especialización –como en nuestro caso– suele incluir la implementación de pocos tribunales que conocerán de una determinada materia, por consiguiente, pocos magistrados que se dedicarán a conocer las causas de ese tribunal. Tanto el anterior punto, como este, empujan a la conclusión de que los abogados que litigan dentro de un área especializada, con pocos tribunales, tendrán un permanente contacto con los magistrados de dicho tribunal y, en varias ocasiones, serán incluso esos litigantes los doctrinarios del derecho cuyos escritos estén marcando la tendencia de interpretación para la misma área¹⁵⁵.

Aquello supone, que puede existir un grado de captura entre el ente revisor y el litigante, lo que pueda afectar la imparcialidad en la administración de justicia. “El tribunal especializado está sometido a una mayor presión de ser influenciado por grupos de intereses especiales que los tribunales generales”¹⁵⁶. Cabe destacar en esta órbita de ideas, que la

¹⁵³ Es para todos conocidos que en el foro existen estudios que se especializan en determinadas áreas y que no conocen de todas las áreas del derecho. Los estudios más grandes que abordan amplias áreas también se encuentran divididos en su interior de acuerdo a su especialidad y los abogados no se inmiscuyen viendo temas de diversas áreas. La especialización, en términos de estudio –personal–, es un verdadero hecho.

¹⁵⁴ “En el mercado de los servicios legales la especialización tiene un alto costo y, además, por lo complejo que es para un abogado especializarse, hay también menos competencia. Así entonces, los usuarios, consumidores o comunidades tienen pocas posibilidades de elección a la hora de enfrentarse a estos temas y las que existan serán generalmente costosas”. COSTA, E. 2014. Los tribunales... *op. cit.* P. 163.

¹⁵⁵ “(...) está el riesgo de *captura* por la convivencia permanente entre los operadores de un Tribunal Administrativo Especial, que se convierte en un mercado de servicios jurídicos con muy poca profundidad debido a falta de especialistas en la realidad nacional”. *Ibidem.* P. 164.

¹⁵⁶ La traducción es propia. “Specialized court is under greater pressure to be influenced by special interest groups than general courts are”. KROEZE, M. 2006. The Companies... *op. cit.* P. 4.

captura del tribunal no necesariamente operará en términos tales que el litigante se ponga de acuerdo con los magistrados para decidir un asunto, por el contrario, es posible que se manifieste como una inclinación del tribunal en tomar como correctas las posiciones que defienden ciertos litigantes, o tender a encontrar la razón a uno por sobre otro, con independencia del conflicto de que se trate¹⁵⁷.

El beneficio para el litigante o el grupo de interés proveniente de la captura, es mayor si se trata de un tribunal especial dado que, generalmente, estos tribunales atienden a intereses económicos en que la captura puede traducirse en la obtención de grandes réditos para aquel grupo¹⁵⁸. Esto tiene un respaldo en nuestro sistema, donde los tribunales especiales que se han creado, responden a grandes áreas económicas: tributos, libre competencia, contratación pública, etc.

En la comparación entre la especialidad y la generalidad, es de toda lógica que el valor de la probabilidad de captura se vea disminuido en este último tipo de tribunales, pues es su propia estructura la que coloca trabas a que este tipo de situaciones se produzcan. La mayor cantidad de magistrados y de tribunales o salas que pueden conocer de un asunto de cualquier materia es mayor, por lo que se dispersa la posibilidad del continuo contacto entre litigantes y jueces, la doctrina que se maneja es en términos más generales y amplios. Esto no quiere decir que en una estructura de tribunales generales no pueda presentarse la captura, sino tan sólo que la probabilidad es bastante baja.

¹⁵⁷ "Las designaciones son más susceptibles de influencias desde un lobby poco sano cuando la designación estará especializada en un área muy estrecha. Después de la designación, se alzarán el peligro opuesto, esto es que el juez experto o desarrollará demasiada simpatía por los encuentros frecuentes con el litigante especializado que comienzan a conocer o, por otro lado, se vuelven demasiado confiados y demasiado inclinados a anteponer sus propios puntos de vista" [La traducción es propia]. "Appointment decisions are more susceptible to unhealthy lobbying influences when the appointment will be specializing in a narrow area. After appointment, there arise the opposing dangers that the expert adjudicators will either develop too much sympathy for the frequently encountered specialist litigators whom they get to know or become too confident and too inclined to substitute their own views". LEGOMSKY, S. 1990. *Specialized Justice. Courts, Administrative Tribunals, and a Cross-National theory of specialization*. Carendon Press: Oxford. P. 16.

¹⁵⁸ "Todos los tribunales existen en un entorno de litigantes, abogados y otras personas que se preocupan por sus decisiones. Estas personas pueden influir en las decisiones judiciales al afectar la capacidad de los jueces para alcanzar objetivos importantes, como la permanencia en el cargo o al modelar las opiniones de los jueces a través de la interacción con ellos. El potencial para tal influencia en un campo aumenta si los jueces son especializados. Los individuos y grupos tienen un mayor incentivo para buscar influencia sobre un tribunal especializado en su campo, que tiene un mayor impacto en sus intereses, que sobre un tribunal generalista" [La traducción es propia]. "Every court exists in an environment of litigants, lawyers, and others who care about its decisions. These people may influence court decisions by affecting judges' ability to achieve important goals, such as continued tenure in office, or by shaping the views of judges through interaction with them. The potential for such influence in a field increases if the judges are specialized. Individuals and groups have a greater incentive to seek influence over a specialized court in their field, which has a greater impact on their interests, than over a generalist court". BAUM, L. 2010. *Judicial... op. cit.* P. 1539.

De este modo, una mayor probabilidad de captura repercutirá hondamente en los beneficios de la especialidad, disminuyéndolos. Ahora bien, es necesario aclarar que esta situación tampoco implica la afirmación de que los tribunales especiales se encuentran capturados, sino que ante una estructura de este estilo la inclinación hacia la captura es mayor, ya sea –como se expuso– directa o indirectamente.

A mayor abundamiento, el profesor Doménech¹⁵⁹, estima que puede producirse una suerte de captura inversa: desde el tribunal hacia los litigantes. La situación se presenta ante una irregularidad producida por el tribunal o los jueces, en la cual no existe incentivo para denunciar la situación por parte de los litigantes afectados. Lo anterior, claro está, porque dado que los litigantes suelen mantener un contacto continuo con el tribunal, pueden ser sujetos de represalias indirectas de parte del mismo. En este caso, existiría una captura inversa desde el tribunal.

3.5 Los problemas de competencia.

Los conflictos de competencia son usuales en los ordenamientos jurídicos y refieren a cuál es el tribunal competente para conocer un determinado conflicto jurídico. La división de competencias puede ser por múltiples factores¹⁶⁰ como cuantía, fuero, materia, ubicación geográfica, etc. En este caso, los problemas de competencia que se analizarán refieren a aquellos de división por área de especialización jurídica (por materia).

Ante la comparación de una estructura de tribunales generales administrativos y especiales, en los primeros las contiendas de competencia por materia no tienen cabida dentro del área administrativa, puesto que sólo existirá una única estructura para conocer del conflicto, aunque dejando a salvo conflictos de competencia por otros motivos (lugar, cuantía, entre otros). De otro lado, en una estructura especializada, existe una serie de tribunales con competencias –en teoría– perfectamente delimitadas que implica que cada conflicto por área administrativa específica tendrá un tribunal para que conozca del asunto¹⁶¹.

Si la competencia de cada tribunal se encontrara perfectamente delimitada una con otra, quizá no habría lugar a que un mismo problema jurídico pudiese ser analizado por dos

¹⁵⁹ DOMÉNECH, G. y MORA-SANGUINETTI, J. 2015. El mito... *op. cit.* P. 20.

¹⁶⁰ Para un análisis de la importancia de la correcta delimitación de la competencia, así como de los factores de su división véase: SÁEZ, J. 2015. Los elementos de la competencia jurisdiccional. *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte.* 22(1): 529 – 570.

¹⁶¹ Para conocer la distribución de materias en los contenciosos administrativos ver: BERMÚDEZ, J. 2011. *Derecho administrativo general.* 2ª edición. Santiago, Legal Publishing. P. 421 y ss.

distintos tribunales. Sin embargo, en la práctica, dichas competencias no se encuentran perfectamente delimitadas, existiendo un espacio en común para todas ellas o para algunas materias con otras¹⁶².

Es posible que los problemas de competencia se presenten de variadas formas. En primer lugar, puede tratarse de aquella situación en la cual quien presenta una dificultad jurídica no logra determinar de forma clara cuál es el tribunal al que debe recurrir para que conozca del asunto. En segundo lugar, puede ser que determinado el problema jurídico, se llegue a la conclusión de que dos –o más– son los tribunales competentes para conocer del problema. En tercer lugar, puede ocurrir que un mismo problema, la misma causa de pedir, pueda ser conocido por diferentes tribunales porque tienen competencias en común.

Para lo que sigue, el tercer problema planteado es el de mayor relevancia. La situación consiste en que un justiciable recurra a diversos tribunales –inferiores especializados o no, o superiores– con el afán de conseguir dar satisfacción a una determinada pretensión, pero plateándola en cada una de las instancias a la que se recurre¹⁶³. Lo que produce esto es que se tenga una serie de tribunales distintos conociendo, al final de cuentas, el mismo problema jurídico. La repercusión de esto estriba en que se abre la posibilidad de que todos se declaren competentes para conocer del conflicto y dicten fallos contradictorios.

En la doctrina se conoce de una situación similar que es denominada como “*Forum Shopping*”¹⁶⁴ puesto que el justiciable sabe que tiene varios –al menos dos– tribunales competentes para conocer de su problema jurídico, y elige, entonces, el que a su parecer le es más favorable para dar respuesta a su problema jurídico. Nuestro sistema en cambio, se diferencia del *Forum Shopping*, puesto que los justiciables no optan por un tribunal en desmedro de otro, con lo cual la competencia se vuelve excluyente, sino que tienen la opción

¹⁶² El problema relativo a los deslindes de competencia es escuetamente mencionado por el profesor Doménech en: DOMÉNECH, G. y MORA-SANGUINETTI, J. 2015. El mito... *op. cit.* P. 13 y ss.

¹⁶³ Imagínese plantear la ilegalidad de una resolución del servicio de impuestos internos a través de un recurso de protección, al mismo tiempo reclamar ante los tribunales tributarios y aduaneros, y presentar también una nulidad de derecho público en un tribunal civil ordinario.

¹⁶⁴ “*Forum Shopping* es la decisión de un demandante de presentar una demanda en un tribunal en lugar de otro tribunal potencialmente disponible. El *forum shopping* nacional ocurre cuando un demandante elige entre dos o más tribunales dentro del sistema legal de un solo país, mientras que el *forum shopping* transnacional ocurre cuando la elección es entre los tribunales de dos o más sistemas legales de un país” [La traducción es propia]. “*Forum shopping* is a plaintiff’s decision to file a lawsuit in one court rather than another potentially available court. Domestic forum shopping occurs when a plaintiff chooses between two or more courts within a single country’s legal system, whereas transnational forum shopping occurs when the choice is between the courts of two or more countries’ legal systems”. WHYTEOCK, C. 2011. The evolving forum shopping system. *Cornell law review.* (96), p 485.

de recurrir a todos los tribunales con competencia en el problema al mismo tiempo, pudiendo provocar contradicciones en sus resoluciones.

Esta situación requiere aun un análisis con mayor profundidad. Dos son los requisitos que se señalan para que nos encontremos ante el *Forum Shopping*. En primer lugar, que existan al menos dos tribunales hábiles para conocer de la controversia jurídica y, en segundo lugar, heterogeneidad entre los tribunales provocando la atracción de uno en desmedro del otro¹⁶⁵. Ambas situaciones se presentan en nuestro caso, pero como ya se señaló, se agrega un tercer elemento, cual es que todos los tribunales son competentes para conocer de la contienda y, en consecuencia, resolver parte de los problemas planteados por los justiciables.

Repercute la anterior situación en el gasto estatal. El hecho de que exista la posibilidad de interponer recursos en varios tribunales implica un aumento del gasto en el sistema, una sobrecarga. Se sobre utilizan recursos debido a que se conoce por varias vías el mismo problema jurídico que debiera ser conocido tan solo por un tribunal, restando eficiencia a la impartición de justicia.

Dentro de este esquema, es importante destacar que, a diferencia de lo que puede pensarse, una perfecta delimitación de las competencias en los tribunales especializados no elimina completamente los costos ocasionados por los conflictos de competencia. El mayor reparo que puede persistir se presentaría ante casos complejos, que pueden ser abordados desde diversas áreas contencioso administrativas, planteándose, desde luego, la contienda en los tribunales especiales existentes. Debido a que no existe comunicación entre los tribunales contenciosos administrativos y cada uno actúa de forma independiente, persiste la posibilidad de que las sentencias dictadas sean contradictorias entre ellos.

Sin embargo, es necesario resaltar que, ante una estructura contencioso administrativa general, esta situación se ve superada puesto que el conflicto de competencia se genera antes, no al interior de la resolución del conflicto sino al determinar si es un problema administrativo o no. Luego, siendo un caso complejo, las múltiples aristas que puede abordar

¹⁶⁵ *“Forum Shopping* depende de dos condiciones: en primer lugar, como implica la definición anterior, más de un tribunal debe estar potencialmente disponible para resolver la demanda de los demandantes. En segundo lugar, los sistemas legales potencialmente disponibles deben ser heterogéneos. Si todos los sistemas legales fueran iguales, los demandantes tendrían pocas razones para preferir un tribunal en lugar de otro” [La traducción es propia]. *“Forum shopping depends on two conditions: First, as the foregoing definition implies, more than one court must be potentially available for resolving the plaintiffs claim. Second, the potentially available legal systems must be heterogeneous. If all legal systems were the same, plaintiffs would have little reason to prefer one court instead of another”*. *Ibidem*, p. 486.

serían revisadas por el mismo tribunal siendo todas resueltas dentro de una misma sentencia, eliminando, así, los atisbos de incongruencia. En consecuencia, es posible señalar que una estructura generalista no debe hacer frente a los costos de los problemas de competencia como sí ocurre en el caso de una estructura especializada, aun cuando la competencia de cada tribunal estuviere perfectamente delimitada.

3.6 Algunos costos de la especialidad.

Los principales costos que trae aparejada la construcción de una estructura contencioso administrativa especializada ya fueron expuestos en la primera parte de este trabajo. Es necesario ahora, profundizar en la revisión de algunos de ellos y analizar ciertos argumentos que han rondado la especialización judicial dentro de este aspecto.

Las primeras dos ideas relevantes de este análisis se refieren: a la desigualdad en el acceso a la justicia, ocasionado por la creación de tribunales especiales y, la segunda, al efecto positivo que se ocasionaría al disminuir la carga de trabajo de los jueces.

Se ha sostenido que uno de los problemas que puede generar el establecimiento de varios tribunales especializados es que se afectaría el igualitario acceso a la justicia¹⁶⁶. Existiría una suerte de justicia de primer orden y una de segundo orden. En nuestro caso, una justicia enfocada en controversias de carácter económico que correspondería a la de primer orden, y una segunda justicia, para cualquier tema diverso que debería recurrir a los tribunales ordinarios.

Enfocado el problema desde esa perspectiva, es claro que se producirían diferencias en la administración de justicia, quienes concurren a los tribunales especiales se verían beneficiados, puesto que contarían con un tribunal con menor carga de trabajo, con un proceso que es inmediato, con una rápida tramitación, con estándares probatorios diversos y más aún, con un grupo de jueces especialistas en la materia que se tratará, lo que puede repercutir en una mejor calidad de la decisión.

¹⁶⁶ El profesor Maarten J. Kroeze ha sostenido que “los tribunales especializados otorgan recursos judiciales de mayor calidad a ciertas categorías de casos a expensas de otros casos. Ningún litigante debe tener una justicia ‘mejor’ que otra” [La traducción es propia]. “(...) Specialized courts gives a higher quality judicial resource to certain categories of cases at the expense of other cases. No litigants should have ‘better’ justice than other”. KROEZE, M. 2006. *The Companies... op. cit.* P. 4.

En un sentido similar el profesor Ezio Costa ha señalado que: “la solución de los Tribunales Administrativos Especiales puesta en la balanza con la creación de una judicatura contenciosa administrativa o con la entrega del control de los actos administrativos a la justicia ordinaria, puede representar un problema de acceso a la justicia”. COSTA, E. 2014. *Los tribunales... op. cit.* P. 163.

Con todo, es de estimarse que no es completamente plausible la aseveración anteriormente realizada. El argumento se vuelve poco plausible desde el momento en que se advierte que la especialización ha alcanzado diferentes rincones del área jurídica. Con esto quiero decir, que la especialización de los tribunales es un hecho no sólo en materia contencioso administrativa, sino que existen distintos tribunales para cada área –no todas, desde luego– del derecho (civil, penal, laboral, de familia, etc.), situación que aminora el argumento del acceso a la justicia, puesto que, de sostenerse, se podría ver opacado o pasar desapercibido frente a tal segmentación judicial, diríamos entonces, que existe un desigualdad desde el momento que los tribunales se segmentaron¹⁶⁷. De esta manera, tampoco quisiera dar a entender que no hay diferencias al momento de acceder a la justicia, sino que el argumento pierde consistencia desde que es observado como una situación sistémica; se nos arrinconaría a que la única real solución a este problema sería el establecimiento de un solo tribunal general que conozca de todos los conflictos, entonces el argumento pierde peso, se invisibiliza, desaparece.

Para una correcta visión debe agudizarse el foco más aún, es menester tener conciencia de que en el caso de los tribunales aquí analizados se trata de una segmentación dentro de un área que ya es particular, que ya es especial. La crítica no es amplia, no va dirigida a una macro división como es la civil y la laboral o éstas y la penal, sino que se trata de una división dentro de lo contencioso administrativo. Algunas personas podrán solicitar que se revise la legalidad de un decreto de determinada autoridad en un tribunal especial, cuya sentencia definitiva surgirá en 6 meses, mientras que otras personas deberán reclamar de esa misma ilegalidad en un tribunal civil, y esperar 4 años para una sentencia definitiva, dictada por un juez generalista que además de dicha causa se encuentra conociendo de otras 16.000 causas adicionales¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Se argumentaría que hay desigualdad entre el sistema civil y el de penal porque la tramitación en el primero tarda mucho más, es un procedimiento escrito, etc. Se pierde luego el foco de la discusión.

En el sentido anterior: “Algunos han argumentado que ningún litigante debería tener una ‘mejor’ justicia que otros. Tal posición, sin embargo, daría lugar al rechazo de toda mejora del poder judicial no adoptada universalmente, desde los tribunales de familia especializados a los horarios nocturnos para los tribunales de tránsito y el calendario acelerado para situaciones especiales” [La traducción es propia]. “A few have argued that no litigants should have ‘better’ justice than others. Such a position, however, would result in the rejection of every non-universally adopted improvement in the judiciary, from specialized family courts to evening hours for traffic courts to expedited calendaring for special situations”. AD HOC COMMITTEE on business courts. 1997. Business courts... *op. cit.* P. 953.

¹⁶⁸ Ver nota N° 103.

En suma, dado que la crítica de la división de competencias judicial podría dar pie a que se considere cualquier división como una afectación a la igualdad en la justicia, cambiaré el foco de la respuesta de tal modo, que obviará la crítica a la especialización y se enfocará en una posible solución que elimina –al menos– el reproche en el área contencioso administrativa.

El costo que se presenta en esta ocasión afecta directamente uno de los pilares del sistema jurídico como es la igualdad en su acceso. La crítica se enfoca en la especialización como elemento que la desencadena, perdiendo fuerza en un análisis sistémico y retomándola al enfocarse en el área administrativa. Una estructura que abarque todos los contenciosos administrativos, restando las competencias a los tribunales civiles ordinarios y otorgándosela a esta estructura general erradica la discusión en su segunda acepción. En otras palabras, si no existe una serie de tribunales especiales y sólo existe una estructura general contenciosa administrativa, la crítica a la especialidad, dentro de esta particular área, desaparece inmediatamente sólo sobreviviendo en su primera acepción. Luego, si se considera –como se señaló con anterioridad– a la especialización por materias como una realidad del sistema jurídico¹⁶⁹, no puede tener lugar la crítica a la especialización en términos generales (de tener lugar la solución es prácticamente absurda y ya se le hizo mención: un único tribunal completamente general).

De este modo, quizá no se puede afirmar a ciencia cierta que la especialización judicial provoque una desigualdad en el acceso a la justicia, pero lo que sí es posible sostener, es que existiendo una estructura judicial generalista que contenga los contenciosos administrativos, la crítica pierde su sustento en la que he denominado su segunda acepción.

Respecto de la segunda idea planteada anteriormente, en ocasiones se ha definido como una ventaja de los tribunales especiales la disminución de la carga de trabajo que ocasiona la creación de una nueva estructura en los tribunales que anteriormente se avocaban a conocer de los conflictos de esta nueva área¹⁷⁰. Dicho beneficio tiene completo asidero pues, en efecto, una de las consecuencias del establecimiento de nuevos tribunales dentro de cualquier área es el traspaso de las causas –las nuevas– de dicha materia que eran conocidas por el tribunal

¹⁶⁹ No tendría sentido la discusión de una estructura general contencioso administrativa o especial, si no se considera a la especialización por áreas, materias o ramas del derecho como una realidad de nuestro sistema.

¹⁷⁰ Así lo ha sostenido un comité ad hoc creado para el estudio de la especialización en tribunales comerciales. Véase: AD HOC COMMITTEE on business courts. 1997. Business courts... *op. cit.* P. 953 y ss.

que tenía competencia anteriormente, al nuevo tribunal produciendo que el antiguo vea descongestionado su quehacer habitual.

Dicho lo anterior, y no dejando de lado que aquel es un beneficio de una estructura especializada, la pregunta que surge es si esta situación también se presenta en una estructura general. En los textos que se han dedicado al estudio de las ventajas y desventajas de la especialización, se suele señalar que esta es sólo una ventaja de la especialización, esto, debido a que la especialización en la óptica anglosajona es muy distinta a la que ocurrió con los tribunales administrativos en nuestro país. Los estudios se enfocan en la especialización de un tribunal que ya es general y que de ahora en adelante se especializará. Por el contrario, este trabajo, analiza la política pública anterior, aquella que fluctuó entre la especialización y la generalidad no habiendo ninguna estructura previa que la albergara.

Consiguientemente, desde el momento en que se puede optar por una nueva estructura general o por varios tribunales especializados, la nueva estructura general absorbe del mismo modo los casos que eran conocidos por la justicia ordinaria y ocasiona también la disminución de la carga de trabajo. De hecho, por ser una estructura que abarca una mayor cantidad de casos –todos los contenciosos administrativos– libera de mejor manera la excesiva carga a la que los tribunales ordinarios civiles deben responder, a diferencia de los especiales que absorberán segmentadamente y no la totalidad de los casos sino hasta que se cree un tribunal para cada sub área contencioso administrativa.

3.7 La falacia en la comparación de la especialidad y la generalidad.

Dentro de la comparación de las estructuras planteadas en el presente trabajo, se suele cometer una falacia que en muchas ocasiones puede pasar completamente desapercibida. Aquella consiste en que se observa la comparación entre ambas estructuras pensándose la generalista como los tribunales ordinarios civiles, y no, como realmente debe considerarse, como una verdadera estructura especializada que contenga todos los contenciosos administrativos.

De ese modo, si uno revisa la literatura que ha analizado las estructuras generales y especializadas en el ámbito judicial, puede perder de vista dentro de la discusión en el contexto administrativo chileno, que lo que realmente se analiza en nuestro caso es el establecimiento de una estructura completamente nueva, no correspondiendo a la

especialización de una generalista que ya exista, sino teniendo en cuenta que el debate fluctúa entre su establecimiento y el de una especializada.

Por esas consideraciones, es que muchas ventajas y desventajas que se le atribuyen a estos modelos no son aplicables a nuestro caso, y es por la misma razón que, en ocasiones, el establecimiento de una estructura generalista nueva incluye las ventajas de la estructura especialista incluso de mejor manera.

4. CONCLUSIONES Y LA EVALUACIÓN FINAL.

Finalizado el análisis de las variables que determinan la inecuación de la especialidad, es necesario realizar una evaluación final de la política pública de los tribunales contenciosos administrativos.

Para esto, expondré la inecuación que replantea los beneficios y costos de la creación de la estructura especializada de contenciosos administrativos actuales, incorporando las ecuaciones (x), (xi) y (xii), a la inecuación (ix) y las variables de riesgo de Sustitución de la Política Pública (rS_{pp}) y riesgo de Sustitución de la Decisión Primaria (rS_{dp}):

$$(xiii) \quad R_{\Gamma} + \underbrace{E_{\text{xperticia}} + E_{\text{xperiencia}} + (B_{\text{Uniforidad}} - PB_{\text{Diversidad}})}_{\substack{A_{\text{Pub}} + A_{\text{Priv}} \\ \text{Ahorro en el sistema}}} - P_{(c)} > C_{\text{Personal}} + C_{\text{Material}} + G_{\text{Acceso}} + P_{\text{Competencia}} + \underbrace{rS_{pp} + rS_{dp}}_{\text{Aumento del Gasto Estatal}}$$

Expuesta la inecuación que reconstruye la política pública de creación de los tribunales especiales contenciosos administrativos cabe resaltar algunas consideraciones. En primer lugar, cabe destacar que la estructura especializada nos presenta ciertos beneficios como son la rapidez en la tramitación comparada con una estructura general. Este es un genuino beneficio de la especialización que se aprecia con claridad cuando el procedimiento es sustraído de los tribunales generales civiles y es trasladado a una nueva estructura. Los datos expuestos y la tabla acompañada en el primer capítulo de esta tesis parecieran ser tremendamente ilustrativos en la comparación de la carga de trabajo a la que se encuentran sometidos los tribunales civiles actualmente, excesivamente por encima de la carga a la que se someten los tribunales contenciosos administrativos especiales actuales. Estas características de ambos órganos judiciales tienen una directa repercusión en la rapidez con que el tribunal puede llevar a cabo las distintas etapas del procedimiento y cómo cada una de ellas tiene incidencia en la rapidez con la que el conflicto es resuelto.

El segundo beneficio, refería a la calidad de la decisión, estableciéndose su mejora ante una estructura general. Sin embargo, es necesario resaltar que como ya se expuso en el número "3.7" del acápite anterior, dicha mejora se aprecia de forma precisa ante una estructura general existente, pero no es del todo destacable ante una estructura especializada administrativa, pero general en cuanto a sus contenciosos. Esto, pues una estructura judicial

de tribunales generales contenciosos administrativos es también una estructura especializada, los tribunales son especializados en el área administrativa y contarían con magistrados que se destaquen dentro del derecho público. Contarían, desde luego, con experticia y experiencia. Quizá, sí es un punto que se puede conceder el hecho de que los valores de estas variables no serían de gran magnitud como quizá se pueda decir que lo son en el caso de los tribunales hiperespecializados.

Asimismo, se sumó una nueva variable a los beneficios de la especialidad cual es la pérdida del beneficio de la diversidad. Dicha variable es de menor magnitud cuando se trata de una estructura general contencioso administrativa, puesto que existirá mayor diversidad de tribunales, lo que en consecuencia ocasionará, que aumenten los beneficios de una estructura general contencioso administrativa, en contraposición con lo que sucede con una estructura especializada que tiende a la uniformidad. Ahora bien, respecto de esta última –la uniformidad–, en una estructura generalista dicha variable se vería disminuida lo que a su vez restaría valor a los beneficios de la inecuación, sin perjuicio de que pudiera acercarse el equilibrio esperado entre diversidad y uniformidad.

Respecto de los costos, las variables que los integran aumentaron desde el planteamiento original esbozado en el segundo capítulo de esta tesis, lo que implica que disminuyen los argumentos a favor de la especialización. Entre estos costos, la probabilidad de captura se ve incrementada en una estructura especializada debido al contacto cercano de jueces y abogados, y su valor debiera disminuir ante una estructura generalista.

De otro lado, los problemas de competencia se erradican prácticamente por completo en una estructura generalista, debido a que todos los contenciosos del área administrativa son incluidos en este aparato judicial. No existirán problemas de competencia entre las distintas áreas, como ocurre en la especialización actual, ya que es un mismo tribunal el que conoce de todas las materias administrativas.

El gasto de acceso también se ve disminuido en una óptica generalista puesto que esta estructura contemplaría el establecimiento de tribunales en distintas áreas geográficas y, a diferencia de los especializados, no contaría con un único tribunal para conocer de los conflictos administrativos. El volumen de causas aumentará, todos los problemas administrativos tendrán una misma estructura que conozca de ellos, pero esta estructura estaría distribuida en diferentes localidades del país, pudiéndole corresponder a cada

tribunal un número menor de causas que de existir uno, o un pequeño puñado de tribunales por materia administrativa como actualmente ocurre.

Las dos variables incorporadas a este análisis en el cuarto acápite, a saber, el riesgo de sustitución de la política pública y el riesgo de sustitución de la decisión primaria, implican que los costos de la estructura especializada aumenten, ya que existe una mayor probabilidad de que la sustitución de la política pública tenga lugar, debido en gran parte a la menor deferencia de estos tribunales hacia la administración. Respecto de la sustitución de la decisión primaria, también se genera un aumento de los costos de la especialidad, puesto que se invierten mayores recursos en estos tribunales, por lo que revocar su decisión implica un serio aumento del gasto estatal.

Ahora bien, ambas variables en una óptica generalista disminuyen. La primera de ellas, si tomamos en cuenta la deferencia, debiera disminuir debido a que un tribunal generalista tiende a ser deferente con la decisión técnica de la administración, más aún si el área en la cual se desempeña el tribunal es el derecho administrativo y es experto en ella. Es posible sostener que esta estructura judicial comprende el rol de la judicatura y de la administración en el establecimiento de las políticas públicas, y como tal debiera abstenerse de modificar decisiones que pueden ser tomadas discrecionalmente por la administración. En la segunda variable, no es del todo clara la variación que se puede generar, lo que sí es claro, es que en términos absolutos debiera disminuir, debido a que la revocación de la decisión de una estructura generalista es menos costosa, porque la estructura generalista es de menor valor. En todo caso, la variación de esta variable dependerá de cómo se organice la estructura general: qué recursos procederán contra las decisiones de la primera instancia, cuál será la segunda instancia, cuáles serán los principios formativos del procedimiento, y de problemas tales como si pertenecerá esta estructura al poder judicial o se encontrará fuera de ella, y de si la instancia revisora será completamente general (como la Corte Suprema o las Cortes de Apelaciones) o especializada, por ejemplo, en salas, o con una nueva entidad revisora especializada en el conocimiento administrativo.

En suma, es posible apreciar el aumento de los costos de la estructura especializada, y la disminución del valor de los beneficios de la misma, lo cual permite concluir que la política pública del establecimiento de una estructura especializada pudiera haber errado en su evaluación de costos y beneficios. Más bien, pareciera ser que la inecuación tendiera a

demostrar lo contrario, y que los costos de la estructura especializada son mayores que sus beneficios, con lo que se reflejaría una errónea decisión de política pública.

En segundo lugar, gran parte de los costos se verían erradicados en una estructura general, y se mantendrían algunos de sus beneficios, razón que permite aventurarse a sostener que una estructura general que contenga los contenciosos administrativos, sí representaría mayores beneficios que costos, lo que resalta de mayor modo el error cometido en el establecimiento de una estructura especializada.

En conclusión, el análisis detallado de los costos y beneficios que reportan los tribunales especializados contenciosos administrativos, permite percatarse de la presencia de variables no consideradas al minuto de evaluar la política pública que crea la estructura judicial que se encargará de conocer las causas administrativas.

Esto trae aparejado que los costos y beneficios inicialmente planteados que, en un acercamiento meramente introductorio ocasiona la percepción de mayores beneficios, más bien tienda por la opción contraria debido al aumento de costos, como a la disminución de beneficios inicialmente reportados.

Presentada de esta manera la revisión económica de la política pública, donde los costos adquieren mayor valor que los beneficios, se puede sostener que se ocasiona un yerro al ser implementada como la decisión óptima bajo la cual se estructure el sistema de justicia administrativa. Por el contrario, es posible que el análisis correctamente planteado, debiera haber ocasionado la negativa en el desarrollo de la política pública analizada: la creación de varios tribunales contenciosos administrativos especializados.

En materia comparativa entre la estructura desarrollada finalmente y una generalista, es posible apreciar que la segunda, también especializada, permite absorber algunos de los costos de la primera y desarrolla de la misma forma los beneficios que la anterior reportaba. El análisis final de la estructura general, además permite constatar que los beneficios sí presentan un valor mayor a los costos, lo que posiblemente hubiera permitido la implementación de una política pública más adecuada a la realidad nacional.

La estructura generalista pareciera, en esta aproximación, hacer frente de mejor manera a los costos de la especialización, logrando, además, un mejor engranaje en la estructura judicial nacional (Cortes de Apelaciones y Suprema), aunque de todas maneras debieran plantearse fuertes interrogantes acerca del control de una estructura generalista

administrativa, de tal modo que los beneficios que pudiera ocasionar esta estructura no se vean afectados por los otros órganos del sistema. De otro lado, la estructura general, internaliza costos visibles del actual sistema o, al menos, los disminuye, como los problemas de competencia, los gastos de acceso, la pérdida del beneficio de la diversidad, entre otros. Mantiene, del mismo modo, ciertos beneficios como son la calidad de la decisión o la rapidez de la tramitación, además de otros indirectos como es el caso de la disminución de la carga de trabajo de los tribunales ordinarios.

Finalmente, es posible sostener que, a partir del análisis realizado, la política pública que establece la actual estructura especializada, probablemente evaluó erróneamente los costos y beneficios de su desarrollo, los que, revisados en profundidad, parecieran constatar debilidades del actual sistema que se verían erradicadas con una estructura generalista. En efecto, pudiendo haberse optado por distintas estructuras, entre la especializada y la general, era más probable que esta última enfrentara de una mejor manera los problemas contenciosos administrativos, disminuyendo tanto el gasto estatal como el gasto privado, provocando un ahorro sistémico. En consecuencia, hoy nos encontramos ante una estructura judicial contenciosa administrativa que incrementa el gasto público y privado, encontrándose en tela de juicio ante la posibilidad de establecerse una estructura generalista que contenga todos los contenciosos administrativos y que reporte mayores beneficios sistémicos.

5. BIBLIOGRAFÍA

1. AD HOC COMMITTEE on business courts. 1997. Business courts: towards a more efficient judiciary. *The business lawyer*. 52(3): 947 – 963.
2. ANDRADE, C. 2002. Reforma de la constitución política de la república de Chile de 1980. 2ª ed. Santiago, editorial jurídica de Chile. 436p.
3. BAUM, L. 2010. Judicial Specialization and the Adjudication of Immigration cases. *Duke Law Journal*, 59(8): 1501 – 1561.
4. BASABE-SERRANO, S. 2016. The quality of judicial decisions in Supreme Courts: A conceptual definition and index applied to eleven Latin American countries. *Justice System Journal*. 18p.
5. BERMÚDEZ, J. 2011. Derecho administrativo general. 2ª edición. Santiago, Legal Publishing. 603p.
6. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2012. Historia de la ley N° 20.600. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4429/>> [Consulta: 8 de noviembre de 2017].
7. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2009. Historia de la ley N° 20.322. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4742/>> [Consulta: 8 de noviembre de 2017].
8. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2003a. Historia de la ley N° 19.886. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5860/>> [Consulta: 8 de agosto de 2017].
9. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2003b. Historia de la ley N° 19.911. [En línea] <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5814/>> [Consulta: 10 de agosto de 2017].
10. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 1991. Historia de la ley N° 19.039. Establece normas aplicables a los privilegios Industriales y protección de los derechos de propiedad Industrial. Santiago, Chile. 452p.
11. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. 2000. Historia del código procesal penal. Segundo informe de la comisión de constitución del senado, 20 de junio de

- 2000, sesión 5 legislatura 342. [En línea] <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6631/> [Consulta 20 de noviembre de 2017].
12. BOETTIGER, C. 2015. Instalación de los tribunales ambientales: ¿problemas de diseño? *Revista Actualidad Jurídica*. (31): 223 - 234.
 13. BOETTIGER, C. 2014. La relación de los tribunales ambientales con la justicia ordinaria. *Revista Actualidad Jurídica*. (29): 291 - 304.
 14. BORDALÍ, A. 2009. Organización judicial en el derecho chileno: un poder fragmentado. *Revista Chilena de Derecho*. 36(2): 215 - 244.
 15. BORDALÍ, A. 2006. La administración pública ante los tribunales de justicia chilenos. *Revista Chilena de Derecho*. 33(1): 17 - 36.
 16. CASARINO, M. 2007. *Manual de Derecho Procesal: derecho procesal civil*. Santiago, editorial jurídica de Chile. Tomo IV.
 17. CENTRO DE ESTUDIOS de Justicia para las Américas. 2011. Estudio de análisis de trayectoria de las causas civiles en los tribunales civiles de Santiago. [En línea] <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Estudio-Trayectorias-Causas-Civiles-en-Tribunales-Civiles-Santiago.pdf> [Consulta: 10 de enero de 2017].
 18. CHENG, E. 2007. The Myth of the Generalist Judge: An empirical study of opinion specialization in the federal courts of appeals. Pp. 1 - 46.
 19. CHILE. Mensaje 1419-357, de 28 de octubre de 2009. Proyecto que crea el Tribunal Ambiental.
 20. CHILE. Mensaje 132-346, de 17 de mayo de 2002. Proyecto que Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
 21. CORDERO, L. 2015. *Lecciones de derecho administrativo*. Santiago, Thomson Reuters. 747p.
 22. CORDERO, L. y TAPIA, J. 2015. La revisión judicial de las decisiones regulatorias. *Estudios públicos*. 139: 7 - 65.

23. CORTEZ, G. 2016. Recurso de Apelación. En: Proceso civil: los recursos y otros medios de impugnación. Gonzalo Cortez Matcovich (coord.). Santiago, Thomson Reuters. Pp. 71 - 183.
24. COSTA, E. 2014. Los tribunales administrativos especiales en Chile. *Revista de Derecho*. 27(1): 151 - 167.
25. COSCULLUELA, L. 2004. Manual de Derecho Administrativo. 15ª edición. Madrid, Thomson Civitas. Tomo II.
26. DOMÉNECH, G. y MORA-SANGUINETTI, J. 2015. El mito de la especialización judicial. *Revista para el análisis del Derecho (InDret)*. Pp. 1 - 33.
27. FERRADA, J. C. 2011. Los tribunales que ejercen la justicia administrativa en el Derecho Chileno. En: Arancibia Mattar y otros (coord.). *Litigación Pública*. Santiago, Thomson Reuters. Pp. 119 - 150.
28. FERRAJOLI, L. 1996. Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia. *Revista Nueva Doctrina Penal*. 445 - 456.
29. HOWARD, R. 2005. Comparing the Decision Making of Specialized Courts and General Courts: An Exploration of Tax Decisions. *The Justice System Journal*. 26(2): 135 - 148.
30. IBARARA-CORONADO, R. 2011. La ley de concesiones públicas chilena en el tiempo. *International law: revista colombiana de derecho internacional*. (9): 183 - 222.
31. JUNTA DE GOBIERNO. 1982. Los tribunales contencioso administrativos: antecedentes para su estudio. Santiago, Armada de Chile. 440p.
32. KNIGHT, J. 2009. Are empiricists asking the right question about judicial decision making? *Duke Law Journal*. 58: 1531 - 1556.
33. KROEZE, M. 2006. The Companies and Business Court as a specialized court. En: BOUCHEZ, L., KNUBBEN, M., MCCAHERY, J., TIMMERMAN, L. (Eds.). *The Quality of Corporate Law and the Role of Corporate Law Judges*. Pp. 1 - 20.
34. LARA, J. L. 2011. Algunas reflexiones sobre el contencioso administrativo en Chile. En: Arancibia Mattar y otros (coord.). *Litigación Pública*. Santiago, Thomson Reuters. Pp. 65 - 92.

35. LEGOMSKY, S. 1990. *Specialized Justice. Courts, Administrative Tribunals, and a Cross-National theory of specialization*. Carendon Press: Oxford. 126p.
36. MATORANA, C y MOSQUERA, M. 2017. *Los recursos procesales*. 3ª ed. Santiago, editorial jurídica de Chile. 619p.
37. MENDEZ, P. 2017. *Tribunales ambientales y contencioso-administrativo: el procedimiento de reclamación de la ley N°20.600*. Santiago, editorial jurídica de Chile. 261p.
38. MORAGA, C. 2005. *La jurisdicción contenciosa administrativa. El proceso jurisdiccional administrativo*. En: *Estado de Derecho y reformas a la Justicia*. Santiago, Universidad de Chile. Pp. 106 - 120.
39. OTERO, M. 2010. *La nulidad procesal civil, penal y de derecho público*. 2ª edición. Santiago, editorial jurídica de Chile. 332p.
40. PALOMO, D. 2016a. *El recurso de casación en el fondo*. En: *Proceso civil: los recursos y otros medios de impugnación*. Gonzalo Cortez Matcovich (coord.). Santiago, Thomson Reuters. Pp. 295 - 362.
41. PALOMO, D. 2016b. *La casación y el recurso de casación en la forma*. En: *Proceso civil: los recursos y otros medios de impugnación*. Gonzalo Cortez Matcovich (coord.). Santiago, Thomson Reuters. Pp. 195 - 293.
42. PALOMO, D. 2010. *Apelación, doble instancia y proceso civil oral. A propósito de la reforma en trámite*. *Estudios constitucionales*. 8(2): 465 - 524.
43. PANTOJA, R. 2005. *La inexplicable ausencia de una justicia administrativa en el Estado de Chile*. *Revista de Derecho*. (13): 27 - 69.
44. PANTOJA, R. 2001. *La jurisdicción contencioso-administrativa. Decisiones legislativas al año 2001*. Santiago, Universidad de Chile. 229p.
45. PIERRY, P. 2000. *Tribunales Contencioso-Administrativos*. *Revista de Derecho*. 1(2): 97 - 116.
46. PLUMER, M. 2013. *Los tribunales ambientales: se completa la reforma a la institucionalidad ambiental*. *Anuario de Derecho Público*. Pp. 297 - 315.

47. PODER JUDICIAL. 2017. Estadísticas históricas del poder judicial años 2006 a 2017. [En línea] <<http://www.pjud.cl/documents/10179/310993/Estad%C3%ADsticas+Suprema-Cortes+Juzgados+hist%C3%B3rica+2006+a+2016/d57bcba3-6025-4fee-8978-89e0d1527304?version=1.2>> [Consulta: 20 de noviembre de 2017].
48. POSNER, R. 2000. Is the Ninth circuit too large? A statistical study of judicial quality. The journal of legal studies. 29(2): 711 - 719.
49. PRING, G. y PRING, C. 2009. Greening justice. Creating and improving Environmental Courts and Tribunals. The Access Initiative. 116p.
50. SÁEZ, J. 2015. Los elementos de la competencia jurisdiccional. Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte. 22(1): 529 - 570.
51. SILVA, E. 1959. Derecho Administrativo. Santiago, Editorial Universitaria S.A. Tomo II.
52. TDLC. 2017. Anuario Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. [En línea] <http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/Anuario/Anuario_TDLC_2017.pdf> [Consulta: 31 de mayo de 2017].
53. TDLC. 2017. Causas contenciosas iniciadas en TDLC (número total de causas, incluye causas acumuladas). [En línea] <<http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/Estadisticas/31marzo2017/Numero-de-contenciosas-por-año.pdf>> [Consulta: 31 de mayo de 2017].
54. TDLC. 2017. Causas contenciosas terminadas en sentencia, con auto de prueba (duración en días corridos). [En línea] <<http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/Estadisticas/31marzo2017/Contenciosas-Duracion.pdf>> [Consulta: 31 de mayo de 2017].
55. TDLC. 2017. Causas no contenciosas terminadas en resolución (duración en días corridos). [En línea] <<http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/Estadisticas/31marzo2017/No-Contenciosas-Duracion.pdf>> [Consulta: 31 de mayo de 2017].
56. THATCHER, M. & STONE, A. 2002. Theory and Practice of Non-Majoritarian Institutions. West European Politics 25: 1 - 22.

57. TRIBUNAL AMBIENTAL de Santiago. 2016. Cuenta pública del Tribunal Ambiental de Santiago. [En línea] <<http://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2013/08/CUENTA-PUBLICA-2016.pdf>> [Consulta: 10 de enero de 2017].
58. TRIBUNAL AMBIENTAL de Santiago. 2015. Cuenta pública del Tribunal Ambiental de Santiago. [En línea] <<http://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2013/08/Cuenta Publica TrAmbiental Stgo 2015-v3-Final.pdf>> [Consulta: 10 de enero de 2017].
59. TRIBUNAL AMBIENTAL de Santiago. 2014. Cuenta pública del Tribunal Ambiental de Santiago. [En línea] <http://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2013/08/Cuenta-Publica-2014_Tribunal-Ambiental-de-Santiago-1.pdf> [Consulta: 10 de enero de 2017].
60. TRIBUNAL AMBIENTAL de Santiago. 2013. Cuenta pública del Tribunal Ambiental de Santiago. [En línea] <<http://www.tribunalambiental.cl/wp-content/uploads/2013/08/CUENTA-PUBLICA-2016.pdf>> [Consulta: 10 de enero de 2017].
61. VARAS, G. 1940. Derecho Administrativo. Santiago, Editorial Nascimento. 456p.
62. VERGARA, A. 2014. El nuevo paradigma de jurisdicción administrativa pluriforme e hiperespecializada: crónica de una espera, como la de Godot. Anuario de Derecho Público. Universidad Diego Portales. Pp. 269 - 292.
63. VERGARA, A. 2011. Esquema del contencioso administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del recurso de protección. En: Arancibia Mattar y otros (coord.). Litigación Pública. Santiago, Thomson Reuters. 37 - 63.
64. WHYTOCK, C. 2011. The evolving forum shopping system. Cornell law review. (96): 482 - 534.
65. WORLD ECONOMIC FORUM. 2017. Global Competitiveness Report 2017 - 2018. [En línea] <<http://www3.weforum.org/docs/GCR2017-2018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2017-2018.pdf>> [Consulta: 19 de noviembre de 2017].

66. WORLD ECONOMIC FORUM. 2016. Global Competitiveness Report. 2016 – 2017. [En línea] <http://www3.weforum.org/docs/GCR2016-2017/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2016-2017_FINAL.pdf> [Consulta: 19 de noviembre de 2017].
67. WORLD ECONOMIC FORUM. 2015. Global Competitiveness Report 2015 – 2016. [En línea] <http://www3.weforum.org/docs/gcr/2015-2016/Global_Competitiveness_Report_2015-2016.pdf> [Consulta: 19 de noviembre de 2017].
68. WORLD ECONOMIC FORUM. 2014. Global Competitiveness Report 2014 – 2015. [En línea] <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2014-15.pdf> [Consulta: 19 de noviembre de 2017].
69. WORLD ECONOMIC FORUM. 2013. Global Competitiveness Report 2013 – 2014. [En línea] <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2013-14.pdf> [Consulta: 19 de noviembre de 2017].
70. WORLD ECONOMIC FORUM. 2012. Global Competitiveness Report 2012 – 2013. [En línea] <http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2012-13.pdf> [Consulta: 5 de mayo de 2017].