

EL ROL DEL ESTADO Y EL MERCADO EN LA JUSTICIA

Juan Enrique Vargas
Carlos Peña
Jorge Correa

INDICE

PRESENTACIÓN	1
CAPITULO PRIMERO....: EL SISTEMA JUDICIAL Y LOS ÓPTIMOS EN LA PROVISIÓN DEL BIEN JUSTICIA	4
1. EL CONTEXTO DE LAS POLÍTICAS JUDICIALES.....	4
2. LOS OBJETIVOS DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE JUSTICIA	15
2.1 <i>Los óptimos en materia de políticas públicas.....</i>	<i>15</i>
2.2 <i>Los óptimos en materia de justicia.....</i>	<i>16</i>
2.3 <i>Provisión y producción estatal del bien justicia.....</i>	<i>20</i>
2.4 <i>Argumentos adicionales</i>	<i>24</i>
2.5 <i>Algunas conclusiones</i>	<i>25</i>
CAPÍTULO SEGUNDO: ¿PRODUCE BIENES PÚBLICOS EL SISTEMA JUDICIAL CHILENO?	27
1. JURISDICCION CONSTITUCIONAL	27
1.1 <i>El Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad.....</i>	<i>29</i>
1.2 <i>El Recurso de Protección</i>	<i>43</i>
2. EL RECURSO DE CASACION	57
2.1 <i>Objetivo del recurso</i>	<i>57</i>
2.2 <i>¿Ha cumplido la casación su objetivo en Chile?</i>	<i>62</i>
2.3 <i>Relevancia cuantitativa de la casación</i>	<i>67</i>
2.4 <i>Relevancia cualitativa de la casación</i>	<i>72</i>
3. LA JURISDICCION CIVIL/COMERCIAL	74
3.1 <i>Grado de heterogeneidad de la carga de trabajo de la justicia chilena</i>	<i>75</i>
3.2 <i>El sistema resuelve pocos asuntos.....</i>	<i>85</i>
3.3 <i>Las resoluciones judiciales son poco predecibles y los tribunales poco confiables.....</i>	<i>86</i>
CAPÍTULO TERCERO: FINANCIAMIENTO DEL SISTEMA JUDICIAL	91
1. EVOLUCION Y COMPOSICION DEL GASTO PÚBLICO JUDICIAL.....	91
1.1 <i>Relación entre el GJE, el PIB y el Presupuesto Público Neto (PPN)</i>	<i>93</i>
1.2 <i>Comparación con otros países</i>	<i>97</i>
1.3 <i>Relación entre el GJE y el presupuesto del Ministerio de Justicia</i>	<i>99</i>
1.4 <i>Relación entre el GJE y el Gasto Judicial Presupuestado (GJP)</i>	<i>100</i>
1.5 <i>Composición del gasto judicial</i>	<i>101</i>
2. GASTO Y PRODUCTIVIDAD JUDICIAL.....	103
2.1 <i>Gasto judicial e ingreso de causas</i>	<i>103</i>
2.2 <i>Gastos judiciales y causas terminadas</i>	<i>105</i>
2.3 <i>Gasto judicial y causas terminadas por sentencia y avenimiento</i>	<i>106</i>
3. GASTO JUDICIAL Y COBERTURA	110

4.	FOCALIZACIÓN DEL GASTO EN JUSTICIA.....	113
4.1	<i>Gratuidad de la justicia y acceso a los servicios de resolución de conflictos.....</i>	<i>113</i>
4.2	<i>Regresividad del gasto judicial en Chile.....</i>	<i>116</i>
CAPÍTULO CUARTO: CRITERIOS DE POLÍTICA JUDICIAL.....		122
1.	ARREGLOS INSTITUCIONALES PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	122
2.	DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS CIVILES Y COMERCIALES.....	131
2.1	<i>Desjudicialización de asuntos que no constituyen un conflicto.....</i>	<i>131</i>
2.2	<i>Desjudicialización de asuntos que constituyen conflictos.....</i>	<i>133</i>
3.	PRODUCCIÓN DE BIENES PÚBLICOS POR PARTE DEL PODER JUDICIAL.....	138
3.1	<i>Jurisdicción constitucional.....</i>	<i>140</i>
3.2	<i>Jurisdicción de casación.....</i>	<i>144</i>
4.	POLÍTICAS PARA MEJORAR LA EFICIENCIA DEL PODER JUDICIAL.....	147
5.	FINANCIAMIENTO Y DISTRIBUCIÓN DE LOS COSTOS DE LITIGAR.....	150
ANEXO: LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN CHILE.....		154
III. BIBLIOGRAFÍA.....		172

PRESENTACIÓN

Uno de los fenómenos más interesantes en el actual panorama de las ideas públicas lo constituye la creciente importancia de las instituciones. Que el desarrollo institucional incide en los grados de crecimiento y de bienestar, constituye hoy día una opinión ampliamente extendida que, sin embargo, hasta hace unas pocas décadas, era apenas inimaginable. Hasta hace unos pocos años la convicción parecía ser la opuesta: el desarrollo político e institucional era –se creía– una variable dependiente del desarrollo económico. Hoy sabemos que la calidad de las instituciones es una variable de la que depende el desarrollo económico y que el nivel de confianza socialmente disponible y la disposición a hacer esfuerzos, depende, en buena medida, de la capacidad institucional de los países para aumentar la previsibilidad de las acciones, disminuyendo la sombra del futuro. Era esta una vieja verdad injustamente olvidada. La teoría social más clásica –bastaría aquí citar a Durkheim o a Weber– llamó siempre la atención acerca de “las reglas no contractuales de los contratos” y acerca de cómo la impersonalidad de las decisiones y la domesticación del poder –el conocido rule of law– eran una parte inescindible del surgimiento y consolidación de los sistemas de mercado. Los sistemas de mercado –que con intensidad y ritmos diversos parecen haber sustituido en latinoamérica el patrón estatal de desarrollo– están muy lejos de constituir simplemente un fenómeno de concurrencia puramente individual. Cosa distinta, el mercado se soporta en un complejo y muy diferenciado sistema institucional que favorece la cooperación a largo plazo y que modera el lucro. Por eso la reforma institucional constituye hoy día una exigencia estratégica para el desarrollo.

Por diversas razones, sin embargo, el panorama en latinoamérica deja mucho que desear en materia institucional. Los países de la región suelen poseer estados aparatosos; pero débiles y un muy bajo grado de confianza institucional. En nuestros países las lealtades personales sustituyen a la confianza abstracta en las instituciones. La administración pública latinoamericana posee importantes grados de ineficiencia y la modernización del estado parece ser, en razón de eso, una de las directrices de la política pública en la región desde la crisis fiscal de los años ochenta. Los sistemas de justicia no escapan, desde luego, a ese diagnóstico general. Claves en la constitución de un sistema de reglas estable que disminuya los grados de contingencia social, los sistemas de justicia de la región arriesgan, sin embargo, el peligro de quedarse atrás en los procesos de modernización institucional. Ello no sólo por falta de iniciativas –la reforma a la justicia es casi un lugar común desde los años setenta en latinoamérica– sino por defectos de enfoque.

Hay pocos rasgos más típicos en la cultura jurídica de la región que el “fetichismo de la ley”. La idea de que las leyes son capaces, por sí solas, de orientar hacia el bienestar a las sociedades humanas, acompaña a américa latina desde sus mismos orígenes. Seguramente como una manifestación más de nuestro exceso verbal, los latinoamericanos tendemos a creer que las palabras de la ley son capaces de conjurar todos los males. La creación de códigos y de constituciones en la región, pone de manifiesto este particular enfoque en el tratamiento de los problemas institucionales. Que las instituciones operan en un contexto social inevitable; que los actores en las instituciones requieren incentivos claros para comportarse como las instituciones lo prevén; que el gasto público en las instituciones debe

estar dirigido principalmente al público y no a los funcionarios que en ellas se desempeñan, son un conjunto de verdades sencillas frecuentemente olvidadas en los procesos de cambio institucional de la región.

Con todo, y tratándose de las instituciones legales, el problema arriesga, a veces, ser mayor puesto que el enfoque utilizado por el paradigma legal resulta ciego para apreciar importantes aspectos de política pública que -cuando se los olvida- causan una pérdida innecesaria de bienestar social.

El enfoque utilizado por el paradigma legal concibe a la justicia como un bien público. En razón de esa característica, suele sostenerse que la justicia debe ser gratuita, única manera, se sostiene, de garantizar el acceso universal a ella. Hay pocas ideas más firmemente arraigadas y, al mismo tiempo, más obviamente erróneas que ésta. Que el servicio de justicia no es un bien público, es decir, un bien que carezca de rivalidad para su consumo y que no admita exclusiones, parece obvio y que, en razón de ello los recursos destinados a justicia deben administrarse nada más que en sus usos más valiosos, parece igualmente obvio. Pero este par de verdades sencillas han sido frecuentemente olvidadas en el diseño de los servicios de justicia. El resultado es que la gratuidad se traduce en exclusión de los más pobres; que el gasto público en el área posee un efecto regresivo; y que se produce un nivel de litigación ineficiente. Como los litigantes no internalizan la totalidad de los costos del litigio, tienden, entonces, a demandar más allá de lo que sería socialmente óptimo. El gasto público en justicia posee, paradójicamente, un efecto regresivo, un efecto de exclusión social. Mientras en países como el nuestro la gratuidad universal en materia de salud o educación parece una torpeza sin nombre -que nadie sostendría sin ruborizarse- no ocurre lo mismo en justicia donde ese principio sigue afirmándose como si se tratara de una obviedad. Desde luego, la resolución judicial de un caso posee externalidades positivas que justifican, en algún grado, subsidios estatales; aunque no la gratuidad indiscriminada. Que aquellos que se benefician con el litigio, internalicen sus costos es un principio de equidad social que no se justifica abandonar cuando se trata de la justicia. Ese mismo principio de justicia -ahora distributiva- es la que aconseja corregir los problemas de acceso mediante subsidios directos.

La verdad es que la justicia posee, desde el punto de vista conceptual, una cierta dimensión pública que justifica su financiamiento parcial -no necesariamente su producción- con cargo a rentas generales. La investigación que sigue muestra, sin embargo, que esa verdad conceptual no siempre encuentra un correlato en los hechos. Que conceptualmente la justicia posee, en ciertos casos, una dimensión pública, no significa que, en los hechos, en la tosca realidad, esa dimensión, en efecto, se realice.

En Chile, según lo pone de manifiesto la investigación que ahora presentamos, la producción de bienes públicos por parte del sistema judicial es muy baja. El efecto disuasivo de la justicia es función del grado de información que sea capaz de producir y ésta, por su parte, del grado de precedentes que produzca el sistema. Un sistema altamente contingente, no produce esa información perjudicándose, así, el efecto público de los sistemas de justicia. Chile -según lo pone de manifiesto nuestra investigación- posee un sistema de justicia que produce muy poca información en las áreas civil y comercial. En materia constitucional, por su parte, esa producción es también baja por la índole que ha llegado a poseer la acción de protección. No obstante ello, parte importante del litigio se financia con cargo a rentas generales y no se internaliza en los litigantes. El resultado es que el sistema parece alentar

la litigación y demandar cada vez más recursos, sin que ello se traduzca en un aumento del acceso.

Una reforma al sistema de justicia civil y comercial, creemos, debe consultar algún sistema de precios o de tasas en la litigación que permita internalizar los costos del litigio en quienes se benefician con él, proveyéndose, claro está, subsidios a quienes no puedan pagar esas tasas de acceso. Igualmente, una reforma de la justicia civil debe esforzarse por modificar la composición del trabajo judicial, poniéndose barreras de entrada a asuntos –como los voluntarios- que admiten soluciones alternativas menos costosas. Debe, además, consultar el fomento a la oferta de bienes sustitutos a la resolución jurisdiccional del conflicto. Hay profundas razones de bienestar social que justifican la promoción de los sistemas alternativos para la resolución de disputas. En fin, se hace necesario modificar las reglas de distribución de costas en los juicios de manera de moderar, por esa vía, la propensión a litigar. Todas esas modificaciones contribuirían a aumentar el acceso, focalizar mejor el gasto en justicia y destinar los recursos públicos a sus usos más valiosos.

Las sugerencias anteriores –y la evidencia que las acompaña- son resultado de un trabajo que se llevó a cabo en el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, bajo los auspicios y el apoyo financiero del “Fondo para el Estudios de las Políticas Públicas”, que, constituido por aportes de la Fundación Ford, administra el Departamento de Ingeniería Industrial de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile. El proyecto se desarrolló entre los meses de abril de 1998 y enero de 1999, bajo la dirección del profesor Juan Enrique Vargas y la participación, como investigadores principales, de los profesores Jorge Correa y Carlos Peña. Todos ellos son autores del presente texto. Como investigadores asociados, con participación en capítulos específicos del trabajo, se desempeñaron el profesor Gastón Gómez y Patricio Ayala. Integraron además el equipo un conjunto de ayudantes a los que se les encargaron diversas tareas de recolección de datos. Como suele ocurrir con los trabajos colectivos, este texto es fruto de conversaciones pacientes entre los autores y de un espíritu de comunidad que anima a quienes trabajan en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Los autores no sólo se beneficiaron de sus propias conversaciones, sino, también, del intercambio con los académicos del Departamento de Ingeniería Industrial de la Facultad de Ciencias Físicas de la Universidad de Chile y con profesionales de la Fundación Paz Ciudadana, quienes ayudaron a corregir el a veces torpe punto de vista de los abogados. Los errores del texto, con todo, sólo pueden atribuirse a los autores. Sobra decir que este texto es, nada más que un punto de partida en el intento de tratar los problemas de la justicia en Chile con fidelidad a los hechos, evitando que las palabras nos impidan ver la realidad.

CAPITULO PRIMERO EL SISTEMA JUDICIAL Y LOS ÓPTIMOS EN LA PROVISIÓN DEL BIEN JUSTICIA

1. EL CONTEXTO DE LAS POLÍTICAS JUDICIALES

Resulta sorprendente constatar la atención que hoy reciben los sistemas judiciales. Hasta hace apenas unos años el sistema de justicia era el área de la administración estatal que merecía menos atención. Hoy día las cosas parecen ser distintas: la mejora institucional suele iniciarse por el sector justicia. Este cambio se puede apreciar tanto en lo que la gente señala como sus áreas de mayor atención y preocupación, según lo muestran las encuestas de opinión pública, como en el espacio que el tema ha pasado a ocupar en la prensa - más allá de la crónica roja - y, en lo que más interesa para este trabajo, en la atención que las autoridades políticas prestan hoy día a este sector del quehacer estatal.

De las muchas razones que permiten explicar la casi tradicional postergación sufrida por los sistemas judiciales, hay algunas que parecen especialmente significativas. Es útil detenerse en dos de ellas: una es conceptual –alude a la manera en que se ha concebido a la justicia-; la otra es cultural –se refiere a los paradigmas disponibles en las profesiones legales.

Desde el punto de vista conceptual, la administración de justicia no ha sido concebida como un servicio público, sino más bien como la concreción de un fin trascendente que se impone por razones de moralidad, de donde se derivaría que la justicia debe ser concedida sin admitir graduaciones.¹ En otros términos, en el área de justicia no se aceptaba la verdad sencilla- tanto para la economía como para las políticas públicas- de que existen recursos escasos para necesidades ilimitada y tampoco se aceptaba que, con frecuencia, se hace necesario decidir cuánto de ese bien habrá de ser financiado y cuánto, en cambio, habrá que resignarlo en función de otros bienes socialmente prioritarios. Olvidar esta sencilla verdad no ha permitido torcer la realidad –ha seguido habiendo escasez- y, en cambio, ha favorecido que el destino final del gasto en justicia se realice por vías no deliberadas, exentas de la posibilidad del control en base a estándares públicos y provistos de legitimidad. Son varios los efectos prácticos que se siguen de ese enfoque, a primera vista, puramente conceptual.

Un primer efecto de esta visión lo constituye la renuncia a cobrar por los servicios judiciales. Se estima que el acceso a la justicia es un derecho esencial de las personas, que no puede verse limitado por consideraciones económicas. Como es natural, esta premisa lleva a que el gasto en justicia en nuestro país sea fuertemente regresivo, ya que está desprovisto de cualquier consideración explícita de focalización.

Igual concepción explica que los tribunales tradicionalmente no hayan reconocido en las personas que acuden a él a usuarios a los cuales se les debe resolver un problema que los aqueja. Se tiende a entender a las personas: demandantes, demandados, víctimas de un delito u ofensores; simplemente como insumos del sistema, que le son útiles en la medida que le entregan información que permite el cumplimiento del fin de la justicia: el respeto del derecho o el restablecimiento de un orden jurídico quebrantado. No se los ve como personas que requieren de un servicio que les reporta una utilidad directa.

¹ Esto explica que en materia penal se haya consagrado el llamado principio de “legalidad”, que impone la labor de investigar y sancionar la totalidad de los delitos, sin exclusión, sin que sea entonces admisible que el sistema deseche algunos para concentrarse en aquellos de mayor relevancia o donde razonablemente puede tener mejores posibilidades de éxito.

A lo anterior se suma las particularidades que presenta en nuestro país –y en general en la cultura legal latinoamericana- el paradigma de análisis que ocupan los abogados. En general, las disciplinas jurídicas son preferentemente normativas y sus análisis carecen de cercanía empírica. No existe en esta área tradición de estudios empíricos e interdisciplinarios. El derecho y la justicia han sido mantenidos como un área reservada a los abogados y los juristas, los que, por su formación y en función de sus propios intereses, no han reconocido el aporte de ópticas distintas al análisis puramente normativo del sistema legal.

Todo lo anterior permite explicar el escaso peso específico que han alcanzado los poderes judiciales. En la mayoría de los países sus ingresos no alcanzan a representar el 2% de los respectivos presupuestos nacionales. Pero más allá de tal constatación, es en el peso político de estos sistemas judiciales donde se pone de manifiesto su mayor fragilidad. Por mucho que se reconozca formalmente la importancia de la separación de poderes y de contar con un sistema judicial independiente para el pleno funcionamiento del estado de derecho y de la democracia, en los hechos, los Poderes Judiciales tienen realmente escaso poder y se encuentran subordinados a los demás.

En el caso de América Latina ello puede explicarse por las características de su sistema jurídico-fuertemente arraigado en la tradición europeo continental- que considera a la ley escrita como la fuente esencial del derecho, correspondiéndole a los jueces solamente aplicar tales normas para cada caso concreto, pero sin la posibilidad de crear derecho en forma general. Cosa distinta ocurre en el derecho anglosajón, en donde la cultura dominante concibe a los jueces como autoridades políticas que pueden sentar jurisprudencia - precedentes - de obligatoriedad general. Más aún, en el caso de los Estados Unidos el papel del judicial se ve potenciado por sus extensas facultades de revisión constitucional.

Adicionalmente, los Poderes Judiciales padecen de una suerte de déficit democrático, al no recibir una legitimidad directa a través del ejercicio de la soberanía popular. Esa legitimidad deben obtenerla derivadamente a través de la intervención de los otros poderes del Estado en la nominación de sus integrantes.

Una breve mirada a las políticas explícitas intentadas sobre el Poder Judicial en Chile durante su historia sirve para comprobar la situación disminuida que hemos afirmado.² Constituida la República, el Poder Judicial experimentó escasos cambios estructurales, continuando en forma casi inalterada en forma igual a como funcionaba durante la colonia. Más allá del proceso de expansión que sufrió en el siglo pasado y de la codificación de los cuerpos legales, el cambio revolucionario general vivido por el país, no lo tocó. Durante este siglo, las principales alteraciones que ha sufrido se han limitado a cambios con mayor o menor drasticidad, en su composición. Parte del pacto político subyacente al estado de compromiso, vigente entre la tercera década de este siglo y el año 1973, consistía precisamente en marginar al Poder Judicial de los procesos políticos y sociales.³ Así, cuando se quisieron intentar políticas directas de intervención en áreas vinculadas a la resolución de ciertos conflictos, como sucedió con la justicia laboral, se optó por crear instancias paralelas independientes al Poder Judicial.⁴

En los últimos años del estado de compromiso se generó desde la izquierda política un discurso fuertemente crítico al Poder Judicial, pero tal crítica obedecía a una concepción

² Ver Frühling (1980), Peña (1992), Peña (1993a) y Vargas (1997)

³ La presencia del Poder Judicial en los medios de opinión pública ha sido también mínima (Cortés, 1992).

⁴ Ver Correa (1992)

general de la sociedad y del cambio social, mas no una visión específica sobre la función judicial.⁵

Por su parte, el gobierno militar que asume el poder en 1973, no llega tampoco con un discurso propio frente a lo judicial. Los tribunales son el único poder que queda en pie luego del golpe de estado, por lo que operan como factor de continuidad y de legitimidad para el nuevo gobierno. Factor especialmente necesario cuando el régimen comienza a ser cuestionado en materia de derechos humanos⁶, promoviéndose causas que debían resolver esos mismos tribunales.⁷

La ausencia de políticas públicas explícitas sobre el Poder Judicial durante el presente siglo resulta especialmente notoria por tratarse de un período de cambios notables impulsados desde el mismo Estado, en casi todos los frentes. Desde la crisis de los años 30, el Estado asume un fuerte rol de impulsor del modelo desarrollista caracterizado por la sustitución de importaciones. Consecuencia de tal modelo es una gran expansión del aparato estatal, con una especial significancia del área social. De tal período de crecimiento queda ausente el Poder Judicial.⁸ A la par que los recursos y la presencia del fisco crecía, el Poder Judicial veía disminuir su participación en el presupuesto nacional.⁹

La crisis del año 1973 también llevará al abandono de tal modelo de desarrollo. Las nuevas ideas liberales, que apuestan principalmente al mercado como asignador de recursos, traen profundas transformaciones que alcanzan a todos los niveles de la sociedad chilena, no excluyéndose la propia administración pública, la cual también debe pasar ahora un test de eficiencia ("racionalización"), del que tradicionalmente había estado marginada. Dicho indicador pasa a ser determinante en la totalidad de las políticas públicas.

Como se explicaba, el gobierno militar no tuvo un interés especial en intervenir, desde una perspectiva de política pública, en la actividad judicial.¹⁰ Sólo a fines del régimen militar, desde el Ministerio de Justicia, se comienzan a realizar estudios de gestión sobre el Poder Judicial y a promover tibias reformas administrativas en su funcionamiento, siendo la más destacada el intento de informatizar algunos de sus procedimientos (Vargas y Correa, 1995). Estos cambios contaron sino con la oposición al menos con un fuerte recelo de parte de la

⁵ Peña (1992) resume esta situación afirmando que en esa época "la justicia al por mayor", es decir la justicia social, impide preocuparse de "la justicia al por menor", que es la que aplican los tribunales en cada uno de los casos que conocen.

⁶ Ver Correa (1997)

⁷ Para Peña (1992), la docilidad en esa época del Poder Judicial en materia de derechos humanos no se debe necesariamente a una afinidad ideológica de la corporación judicial con los nuevos gobernantes, sino a ciertas "incapacidades adiestradas" en su interior. Con ello se alude a que ciertas destrezas por ellos adquiridas en el contexto del Estado democrático, como es su apego a la ley escrita y una concepción más o menos formal de su rol, y que para algunos son funcionales a tal sistema; operan como insuficiencias a puntos ciegos en un contexto diferente, en este caso, el de un Estado autoritario.

⁸ Junto con las Fuerzas Armadas. El ser las dos instituciones excluidas durante ese período y ciertas características similares en su sentir corporativo, son algunas de las claves para explicar la afinidad entre ambas con posterioridad al golpe militar de 1973.

⁹ Entre 1947 y 1962 la proporción del presupuesto nacional asignado al Poder Judicial disminuyó desde el 1,07% al 0,52% (Peña, 1992).

¹⁰ Sin embargo, la situación económica del Poder Judicial en ese período mejora sustantivamente. Entre 1977 y 1989 el gasto real en él creció un 76%. La mayoría de los nuevos recursos se destinaron a mejorar remuneraciones (que representan al final del período un 86% del total del gasto) y a la creación de nuevos tribunales (los de primera instancia aumentaron entre 1973 y 1989 en un 36%), es decir, no significaron una alteración al funcionamiento del sistema. De hecho, el gasto en inversión representa al final del período un 3% del total (Yáñez, 1991)

Corte Suprema.¹¹ Lo limitado de los cambios, en función de la urgencia de los mismos, motivó a uno de los ideólogos del régimen militar a señalar, al término de éste, que la reforma al Poder Judicial constituía “la modernización pendiente” del gobierno de Pinochet.¹²

Pese a que el gobierno democrático del Presidente Aylwin colocó como uno de los objetivos prioritarios de su agenda introducir reformas sustantivas al Poder Judicial y que se abrió en esos años un extenso debate sobre el tema, tampoco en esa oportunidad logró articularse una visión amplia y comprensiva sobre la función judicial y sus deficiencias. El tema judicial se encontraba por aquel entonces demasiado ligado al proceso de transición democrática que estaba viviendo el país, para poder escapar de las vicisitudes que este mismo sufrió. Todo el impulso reformador terminó centrándose en los aspectos ligados al “poder” dentro del Poder Judicial y a la solución de los casos pendientes relativos a derechos humanos.¹³ Intentos reformadores de tal naturaleza despertaron un fuerte rechazo desde dentro los tribunales y en la oposición política, lo que llevó en definitiva a que fracasaran en el Parlamento los proyectos de ley más significativos que integraban el “paquete” de reformas.¹⁴

El segundo gobierno democrático del Presidente Frei, además de concluir la tramitación de las reformas legales del primer período que subsistieron, centró sus esfuerzos en una nueva estrategia de reforma al sector justicia, enfocada hacia el área criminal, signada por cambios sustantivos en la función judicial más que al estatuto de los jueces.

Presenciamos entonces como en los últimos años la situación de indiferencia que los actores públicos y privados expresaban frente al Poder Judicial comienza a revertirse. Hoy en día los tribunales acaparan más atención en la prensa, por asuntos no directamente vinculados a causas judiciales, que muchos servicios públicos.¹⁵ Ven aumentar sus recursos presupuestarios en forma significativa¹⁶ y, esto es lo más relevante, se han convertido en uno de los objetivos claves dentro del proceso de modernización del Estado. De hecho, la reforma a la justicia criminal hoy en marcha es presentada como el principal logro que puede exhibir la presente administración en materia de modernización de la gestión pública y de redefinición del rol estatal.

Tal como sucede en otros países, uno de los factores determinantes para este cambio notable de perspectiva frente a la función judicial emana de la constatación de la vinculación existente entre el sistema de justicia y el desarrollo económico. Avances teóricos, como el desarrollo de la nueva economía neoinstitucional o la escuela del llamado análisis económico del derecho, han ejercido un rol destacado en tal dirección. Pero sin dudas ha

¹¹ La Corte Suprema se opuso a que se le concediesen facultades de planificación y de administración de personal a la Corporación Administrativa del Poder Judicial, que creó el gobierno de Pinochet el día antes de su término como forma de impedir que el nuevo gobierno democrático materializara su propósito de crear un Consejo Nacional de la Judicatura (Vargas, Correa, 1995, p. 52 y siguientes)

¹² La afirmación corresponde a Jaime Guzmán Errázuriz. Diario El Mercurio, 23 de junio de 1987.

¹³ Ver Vargas (1993).

¹⁴ Tales eran los que creaban el Consejo Nacional de la Judicatura y cambiaban la integración de la Corte Suprema. Se aprobaron otros proyectos como los relativos al funcionamiento de la Corte Suprema, a la carrera funcionaria y a la capacitación judicial.

¹⁵ Sólo respecto a la reforma procesal penal en Chile, entre los años 1994 y 1996 aparecieron publicadas en la prensa de Santiago 343 crónicas, 97 editoriales, 40 artículos de investigación periodística y 53 artículos de opinión (Vargas, 1998)

¹⁶ Entre los años 1990 y 1997, el Gasto Judicial Ejecutado se incrementó en un 171% (Vargas, 1999).

sido aún más importante, en el contexto latinoamericano, los cambios en sus planteamientos por parte de los bancos multilaterales de crédito, principalmente el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y su nuevo acercamiento al tema de la justicia. Estos cambios se deben a un cierto grado de frustración ante los obstáculos encontrados - o los éxitos sólo relativos - en las profundas reformas económicas iniciadas durante la década de 1980, las que chocaban contra una estructura jurídica y, especialmente, judicial, inadecuada.

Diversos documentos del Banco Mundial han reconocido explícitamente esta situación. Se ha sostenido que el respeto por el imperio de la ley es un “elemento esencial para proporcionar un ambiente estable y predecible para las transacciones económicas, y una necesidad real para garantizar las condiciones para el crecimiento y la equidad” (Moore, 1993. Citado por PROVEA, 1996) El mismo Banco ha señalado que “las reformas estructurales que se están realizando en muchos países en desarrollo están llevando a los gobiernos a tomar la reforma del sistema legal, incluyendo al Poder Judicial, como un complemento necesario de la reforma económica” (Shihata, 1995. Citado por PROVEA, 1996)

La posición del BID, que releva con más fuerza los temas políticos insertos en el concepto de gobernabilidad, ha sido expresada con claridad por su propio presidente. Enrique Iglesias, en la inauguración del seminario que esa entidad convocó sobre *Justicia y Desarrollo en América Latina y el Caribe*. En ella señaló: “En la medida en que la sociedad, las empresas, los trabajadores y consumidores tengan la imagen de que se administra justicia con independencia y eficacia, y de que la igualdad de oportunidades es posible, se creará el clima de confianza pública, de estabilidad, de transparencia, de exclusión de la discrecionalidad y de respeto por los derechos de cada uno, que constituyen el marco indispensable para que se desarrolle la iniciativa individual, la competitividad y el crecimiento, en forma equitativa”. (1993)

Señalamos anteriormente que el sustento teórico de estas apreciaciones se encuentra fuertemente ligado a nuevas visiones de la ciencia económica. Para los economistas de la denominada *Nueva Economía Institucional*, iniciada por Douglas North, el mercado no funciona en el vacío, puesto que para que las transacciones se produzcan, y con ello una eficiente asignación de los recursos, se requiere de un conjunto de instituciones que lo hagan posible. Tales instituciones pueden tener tanto un carácter formal, como lo son las leyes y organismos, como uno informal, como lo es todo el espectro cultural de una sociedad (North, 1993). Las instituciones son las verdaderas “reglas del juego” en torno a las cuales se producen los intercambios, siendo entonces ellas las que determinan cuán costosos pueden ser éstos, es decir, si será fácil o complejo reunir información sobre los potenciales contratantes, llegar a un acuerdo entre ellos, redactar los contratos y, lo más importante, monitorear su ejecución y, eventualmente, obligar a su cumplimiento. Mientras más complejos sean los tipos de transacciones, más impersonales y duraderas, más relevante pasa a ser el rol de las instituciones (Eyzaguirre 1995)¹⁷.

Entre tales instituciones, destaca precisamente el Poder Judicial, el que juega el rol de un tercero independiente dotado de reglas procesales preestablecidas y de coercibilidad para forzar el cumplimiento de los contratos (y el respeto a la ley) sin que sea necesario que las partes negocien ni su constitución, ni su forma de funcionamiento, ni los alcances de sus resoluciones, temas en los que sería posible no llegarán a acuerdos.

El análisis económico del derecho se acerca a estas mismas cuestiones desde una perspectiva diversa. Esta escuela releva que las decisiones judiciales no sólo tienen consecuencias ex post para los actores, sino que las expectativas sobre el comportamiento

¹⁷

Ver también Saez, 1998.

judicial condiciona ex ante el comportamiento de todos los agentes económicos. Por lo mismo, cuán eficientes sean las señales que por esta vía se envíen al mercado, pasa a ser un tema de consecuencias relevantes. El análisis económico del derecho entonces ha puesto de manifiesto la importancia que para las decisiones de los agentes económicos tienen no sólo los criterios con que adoptan sus decisiones los tribunales, sino también el grado de información que éstas entregan y su predictibilidad.¹⁸

Son muchas entonces las razones que, desde esta perspectiva, pueden aducirse para la reforma y modernización de los sistemas judiciales, sea que se considere que estos gravitan en los costos de transacción, facilitando o dificultando el cumplimiento de los acuerdos, o porque entregan información a los actores que puede inducirlos a comportarse en forma más o menos eficiente¹⁹ o simplemente porque pueden poner coto a conductas oportunistas o delictivas que atentan contra el comercio y la convivencia libre y pacífica entre las personas.

De allí que el tema haya entrado con fuerza en la agenda de inversión. Se calcula que en los últimos años el Banco Mundial y el BID se han involucrado en proyectos sobre la materia en más de 25 países, por un costo superior a los 300 millones de dólares (Messick, 1997).²⁰

Los énfasis en todos esos proyectos naturalmente han sido diversos, pero existe un conjunto tanto de problemas como de soluciones que estos, con cierta uniformidad, han asumido. Así las estrategias de cambio se han concentrado en los siguientes componentes:

1. Mejorar la independencia y la calidad de los jueces. Ello ha llevado a incentivar el desarrollo de nuevos estatutos de carrera funcionaria, con especial énfasis en los sistemas de selección de magistrados y programas de capacitación.²¹
2. Mejorar la gestión administrativa de los Poderes Judiciales, interviniendo tanto al nivel de la gerencia central de ellos, como principalmente en los despachos judiciales. Respecto a estos últimos lo convencional es tender a la centralización y estandarización de funciones, a la profesionalización de las mismas y a incorporar apoyos tecnológicos en la gestión de las causas.
3. Revisar procedimientos, para que se ajusten tanto a las exigencias de un debido proceso como abrevien el curso de los mismos. Para ello se ha acudido frecuentemente a procedimientos orales.

¹⁸ Es necesario resaltar que cuando aducimos argumentos justificativos en términos económicos para la existencia del Poder Judicial, no estamos pensando solamente en cuánto favorece éste el comercio o el mercado directamente sino, en general, en cuánto hace más eficiente el actuar humano, en todas sus dimensiones. Por lo anterior, el análisis económico es tan relevante para el derecho civil como puede serlo para el penal o cualquiera otra rama.

¹⁹ Una solución eficiente es aquella que maximiza la utilidad social. Es decir, en un conflicto entre dos partes la solución eficiente será aquella en que las utilidades de cada una sumadas alcanzan el mayor valor. Si valoramos la utilidad, siguiendo a Posner, como aumento de la riqueza - lo que permite comparaciones intersubjetivas -, la solución eficiente será aquella que haga más altas las ganancias sumadas de ambas partes. Consideraciones de este tipo pueden llevar, por ejemplo, a asignarle a una empresa el derecho a contaminar el aire, si los beneficios que esto le reporta son menores que los costos de reparar los daños que genera. En el caso propuesto la solución inversa, prohibirle a la empresa contaminar, sería ineficiente ya que las ganancias totales serían menores.

²⁰ Una cantidad aún más elevada de los proyectos contienen algún apoyo para la realización de análisis y reformas legales. Se calcula que sólo el Banco Mundial, para enero de 1995, había apoyado uno 300 proyectos en 96 países con tal contenido (PROVEA, 1996)

²¹ Con tal finalidad se ha fomentado la creación de nuevas instituciones como los Consejos de la Judicatura y las Escuelas Judiciales.

4. Incorporación de sistemas alternos de resolución de conflictos, tales como el arbitraje y la mediación o conciliación. Sin dudas el potenciamiento de los sistemas alternos de resolución de conflictos implica un reconocimiento de que los sistemas judiciales no son la única alternativa de política para una correcta resolución de los conflictos entre los ciudadanos.

Lo significativo a nuestro juicio es que pese al cuestionamiento que estos sistemas alternos de resolución de conflictos entrañan a la solución judicial, ello no ha llevado a una revisión más radical del ámbito de las competencias que tradicionalmente se le han reservado a los tribunales. Es así como se concibe a los sistemas alternativos en función de la solución judicial, como una desviación posible de las causas que llegan a los tribunales. Se apuesta a estos mecanismos más para facilitar el acceso a una solución racional de los conflictos, que para lograr una efectiva descongestión de los tribunales.

Otro tanto puede decirse de las restantes iniciativas de reforma, las que en ningún caso implican un cuestionamiento radical a la forma como están constituidos los tribunales, a los criterios con que racionalizan su carga de trabajo,²² ni a las competencias que se le asignan.

Es más, la totalidad de los programas de reforma a los sistemas judiciales intentados en los últimos años han implicado, de una u otra forma, reforzar y hacer crecer el diseño tradicional que los configura. El intento de incorporar criterios de eficiencia en la utilización de los recursos, el sello distintivo de la última oleada de reformas, no ha llegado a invalidar el indicador más usado para apreciar el grado de acceso a la justicia, que sigue siendo la relación de jueces disponibles por habitantes.²³

Llama la atención lo anterior, pues revela que tras una agenda de transformaciones importantes, con fuerte apoyo político, económico y teórico, no existe un planteamiento crítico más fuerte y profundo sobre el aparato respecto al cual se pretende incidir.²⁴ Ello contrasta notoriamente con lo sucedido, por ejemplo, respecto de la propia administración pública, donde nos hemos acostumbrado a vivir un cuestionamiento intenso y radical de sus roles lo que ha sido y es tremendamente relevante para la orientación de las políticas públicas en el área.

Llama la atención que una política de esta envergadura haya sido asumida sin un análisis previo que permita definir con precisión en qué consiste, en términos económicos, el bien justicia y que sirva para justificar - y a la vez limitar - la intervención del Estado en la materia. Esto hace que sea más difícil continuar requiriendo recursos, puesto que para

²² Los intentos por establecer válvulas de escape explícitas para el sistema, como el principio de oportunidad en materia penal o la posibilidad de desechar recursos de casación por su escasa relevancia, han tenido un desarrollo sólo tímido y enfrentado muchos obstáculos.

²³ Es por ejemplo el caso del Uruguay, que realizó la reforma más profunda de la justicia civil en el Continente, a costa de aumentar significativamente el número de jueces (pasó a tener la tercera mejor relación jueces/población en el mundo) y de duplicar el presupuesto judicial.

En el caso chileno, la reforma más trascendente en curso en el sector, la procesal penal, implica más que sextuplicar los recursos que hoy se destinan a esas causas, de U\$ 39 millones que se gastaban en 1996 se pasará a U\$ 245 millones, sin contar los costos de inversión iniciales.

²⁴ Otra línea crítica a los programas de justicia apunta, conforme la evidencia indica, a que es más efectivo para mejorar el desempeño económico centrarse en los mecanismos informales que impelen a los deudores a cumplir con sus obligaciones, que aquellos que buscan el cumplimiento forzado de los mismos. Se releva así la importancia de sistemas de información que permitan crear y difundir reputación de los deudores. (Messick, 1997)

quienes deben decidir sobre los mismos, se percibe que el financiamiento adicional de este sector es como tirar agua a un mar sin orillas.²⁵

El tema no es banal, existen muchas preguntas críticas para las que hoy no tenemos respuestas, las que debieran servir de base para construir una política judicial: ¿Cuál es el ámbito propio y exclusivo de la acción de los privados en la resolución de sus conflictos? ¿Cuándo el Estado debe ayudar a los privados en esa función y cuándo simplemente suplirlos? En fin, ¿Cuándo esa intervención estatal debe ser dejada al Poder Judicial y cuándo a otras agencias estatales? Son estas interrogantes, que hemos definido como centrales, a las que queremos aproximarnos a través de la presente investigación.

Queremos así poner en duda los supuestos sobre los que descansan las políticas públicas dominantes en el área. Aquellas que asumen al Poder Judicial como algo dado, con competencias y funciones históricamente prefijadas, las que sólo resta aceptar y asumir como el diseño institucional en cuyo interior se debe, sin más, trabajar.

No hay que olvidar que tales competencias y funciones no han cambiado significativamente de la forma como fueron definidas por el constitucionalismo clásico hace ya más de doscientos años, según el cual todo conflicto jurídicamente relevante debía ser “apropiado” por el sistema judicial, pese a los significativos avances habidos en el intertanto. Queremos especialmente recoger en el presente trabajo los que se derivan del diálogo que se está generando entre economistas y abogados, que sin dudas potencia las visiones de unos y otros.

No se crea que el replanteamiento que buscamos confía ciegamente en cambios radicales en la materia. Somos los primeros en reconocer que el éxito en políticas públicas pasa, generalmente, más por cambios incrementales que refundacionales. Si lo anterior es cierto, en la generalidad de los casos, es particularmente acertado tratándose de un sector tan especialmente refractario a las reformas como lo es el legal y cuando, adicionalmente, se persigue afectar a una corporación, como lo es el Poder Judicial, con una muy fuerte tradición y cultura organizacional.

Lo que perseguimos es algo distinto. Es generar una visión del Poder Judicial que sea lo suficientemente comprensiva, de tal forma de obtener criterios para que los ya aludidos cambios incrementales apunten en la dirección correcta y sean coherentes con un marco conceptual riguroso. Muy probablemente sea inviable sostener en lo inmediato que es posible prescindir de todo lo que es superfluo en el sistema. Pero sí es posible pedir que las políticas futuras no potencien precisamente aquellos sectores, sino que se concentren en las áreas en que la actuación del Poder Judicial sea socialmente más valiosa.

Concentrar el Poder Judicial en lo que le es propio no significa su debilitamiento, sino precisamente bogar porque haga bien aquello en que es imprescindible y que, como más adelante demostraremos, no puede hacer correctamente si confunde su misión con tareas distintas y hasta contradictorias.

²⁵ La evidencia indica, por ejemplo, que la sola creación de nuevos tribunales no apareja ninguna mejoría significativa en los sistemas judiciales. En Chile, en el período 1982 - 1992 más que se cuadruplicaron los tribunales civiles en Santiago, lapso en que la duración de los procesos aumentó. Un juicio ordinario que en promedio tardaba 805,59 días pasó a demorarse 1.009 días (Cerdeña, 1992). Igualmente, pese al aumento en un 34% en la cobertura de tribunales en el período 1980-87, la carga de trabajo de cada uno prácticamente no disminuyó. Otro ejemplo que puede proporcionarse es que los juzgados civiles informatizados a principio de esta década en la ciudad de Santiago, conocían menos causas y contaban con más personal que aquellos que no lo estaban (Vargas-Correa, 1995).

Nuevamente es posible hacer un símil con lo que ha significado la reforma a la administración pública. El alejamiento de ciertas competencias asumidas por el Estado en la producción de ciertos bienes y servicios ha servido para fortalecer su rol regulador, que muchas veces entraba en contradicción con el anterior. Tales reformas no sólo han demostrado que el Estado es necesario, sino que es indispensable para el funcionamiento del sistema social y económico.²⁶

Sólo un Poder Judicial correctamente definido y con una operatoria adecuada puede pretender se le reconozca el poder suficiente que requiere para ejercer su función. Un sistema judicial con contornos difusos, como el que hoy en día tenemos, con serios problemas tanto de funcionamiento como de legitimidad, corre el riesgo de recargarse con competencias innecesarias, dilapidar su capital político en defenderlas, para coetáneamente perder espacios importantes en lo que sí le debiera ser propio y privativo.

Esta falta de definición sobre el sistema de justicia en el país permite explicar la poca coherencia habida en los cambios desplegados en el sector en los últimos años. Por una parte se ha marginado, o al menos restringido, la intervención del Poder Judicial en áreas consideradas especialmente sensibles para el desarrollo económico nacional, creándose en ellas instancias administrativas encargadas de resolver asuntos que son propiamente jurisdiccionales. Tal es el caso de las superintendencias con competencias importantes en materias como salud, previsión, bancos e instituciones financieras y otras análogas.²⁷

Por otra parte, la incorporación a nuestra Constitución del recurso de protección, ha permitido llevar a los tribunales asuntos que antes le quedaban vedados. Este recurso otorga a los ciudadanos una acción eficaz para la defensa de la mayoría de las garantías reconocidas por la Constitución, que antes estaban desprovistas de resguardos efectivos. Sin embargo, este nuevo rol asignado al Poder Judicial no responde a una estrategia coherente con las restantes políticas implementadas en el país en aquella época. Por un lado, no se corresponde con una auténtica concepción de intangibilidad de los derechos humanos frente a la acción del Estado, pues se produce en un contexto de serios cuestionamientos teóricos y prácticos a tales derechos, desde la misma autoridad. Tampoco obedece a un intento sistemático por judicializar el control sobre las políticas públicas que, como decíamos, en sectores claves pasó en esa misma época a ser entregado a autoridades distintas a las judiciales. Aparentemente, el objetivo fue convertir al Poder Judicial en un fuerte protector no de todas sino de ciertas garantías constitucionales, fundamentalmente de las que giran en torno al derecho de propiedad, pero restándole al mismo tiempo la posibilidad de interferir en el control de las políticas públicas que redefinen el ámbito de lo público y lo privado, aspecto que constituye la médula de las reformas impulsadas por el gobierno militar.²⁸

²⁶ Incluso, en términos presupuestarios, la reforma administrativa no ha implicado en los hechos una reducción de sus recursos, sino una reasignación de los mismos.

²⁷ Sin perjuicio de permitir, por lo general, que las resoluciones de tales órganos puedan ser reclamadas ante el Poder Judicial.

²⁸ El impulso liberalizador de la década pasada, aunque resulte paradójico, provino precisamente del Estado y probablemente del Gobierno que ha concentrado mayor poder en nuestra historia. El único aparato de poder que no controlaba totalmente dicho gobierno era el que constituían los tribunales. Es posible sostener que al menos en esta materia, la concepción del rol del Estado y de los privados, existieron diferencias ideológicas relevantes entre uno y otro. El carácter corporativo del Poder Judicial y su raigambre conservadora, habría hecho que quienes estaban detrás de los cambios en el Ejecutivo desconfiaran de la aceptación que habrían de tener ellos en los jueces.

Un ejemplo documentado de esta situación es lo ocurrido en Argentina durante el gobierno de Carlos Menem. Han sido numerosos los casos en que políticas reformadoras críticas del gobierno han sido

El aspecto positivo de esta falta de definiciones es que contamos en la actualidad en el país con una amplia gama de arreglos institucionales destinados a la resolución de los conflictos. Pese al rol casi sacramental que siempre se le ha asignado al Poder Judicial, en los hechos siempre han habido alternativas a él. Es cierto que ellas no obedecen, como ya se ha señalado, a una concepción que cuestione en profundidad el rol de los tribunales, como lo es también que no han sido utilizadas de forma del todo consistente. Sin embargo, allí están y proporcionan un excelente punto de partida para el desarrollo de estrategias de reforma con un pie, al menos, en la tradición jurídica y cultural de nuestro país.

Es así como en nuestro país no es el Poder Judicial la única instancia estatal para resolver conflictos, también tienen competencia para ello diversas entidades administrativas como el Banco Central, el Servicio de Impuestos Internos, la Contraloría General de la República, la Inspección del Trabajo y las Superintendencias que ya mencionábamos, por sólo señalar las más importantes. También tiene competencia jurisdiccional una instancia política, como lo es el Senado. Existe igualmente un Tribunal Constitucional, con características especiales en cuanto a su composición, competencias y funcionamiento.

Pero allí no se terminan las alternativas. Parte importante de los juicios en nuestro país son resueltos por los Jueces de Policía Local, los que no dependen administrativamente del Poder Judicial, sino de las respectivas municipalidades. Como se ve, nuestro viejo sistema jurídico ideó una forma de “municipalización” de un servicio público tradicionalmente centralizado muchos años antes que esa tendencia entrara a la agenda de las grandes transformaciones del aparato público.²⁹

También los sistemas alternos de resolución de conflictos han tenido tradicionalmente en nuestro país espacio destacado, fundamentalmente el arbitraje, en sus diversas modalidades y sólo en los últimos tiempos lo están comenzando a tener la conciliación y la mediación.

Rediseñar el espacio de lo público y lo privado en la resolución de conflictos no resulta ser entonces una empresa inalcanzable. Ella se hace más factible si consideramos que el trabajo que desarrollaremos se encuentra circunscrito solamente a dos de las áreas que tradicionalmente aborda la justicia: la constitucional y a la civil/comercial. Hemos desechado el área penal pues en ella existe un fuerte impulso modernizador en curso, con una dirección ya fijada, sobre la que no parece prudente intentar incidir. Se trata de una reforma de envergadura que implica no sólo el cambio de los procedimientos, sino también en los criterios de selectividad y en la forma de gestionar el sistema. Dicha reforma, por lo demás, incorpora en su diseño algunos de los criterios de eficiencia que nos proponemos estudiar.

Al contrario, las áreas escogidas se muestran bastante huérfanas de ideas reformadoras, quedando entregadas en los últimos años sólo a cambios marginales o desarticulados entre sí. Se trata de sectores en que, pese a su enorme relevancia e inmediata vinculación con el desempeño económico del país, el diálogo interdisciplinario es muy escaso.

Como decíamos en un comienzo, la motivación y justificación de los actuales impulsos de reforma judicial vienen dados, en buena medida, por una cierta sensación de frustración al chocar las iniciativas de cambio en otras áreas, con sistemas judiciales que no

dejadas sin efecto o bajo suspenso por jueces. Sólo intervenciones directas de la autoridad o acciones de la Corte Suprema, fuertemente controlada políticamente, han podido disciplinar a tales magistrados, todo ello bajo un alto costo político.

²⁹ Nos estamos refiriendo a las políticas de traspaso a las municipalidades de los servicios de atención primaria en salud y de establecimientos educacionales, ejecutadas en la década pasada.

sólo no las favorecen sino que a veces son derechamente obstáculos para ellas. Lamentablemente, hoy se comienza a percibir esa misma sensación de frustración de parte de quienes iniciaron tal movimiento, por los magros logros obtenidos en los cambios a la justicia. Una década de intervenciones en el sistema judicial, lideradas, como hemos dicho, por los grandes bancos multilaterales de crédito, arrojan escasos resultados positivos en función de los ingentes recursos que han consumido.³⁰

A nuestro juicio, los escasos éxitos se deben a una visión parcial del proceso de reforma, que sólo se ha concentrado en incidir en la oferta judicial, ya sea aumentando su cobertura o eficiencia. Largas experiencias acumuladas en la economía y la gestión indican con claridad que si se interviene solamente sobre ésta es difícil, por no decir imposible, obtener un equilibrio entre oferta y demanda por justicia. Por más que los tribunales crezcan y aumenten su productividad, ello no logra poner atajo en el mediano plazo al crecimiento explosivo de la demanda judicial que esas mismas políticas alientan y al aumento de la congestión judicial que por ello se genera.³¹

Por ello nos asiste la convicción de que hay que complejizar la discusión sobre el tema, ampliando el debate sobre los distintos arreglos institucionales para proveer de tutela jurídica, buscando preferentemente vías para crear un verdadero mercado de los servicios de resolución de conflictos, incorporando un sistema de precios que actúe como mecanismo regulador entre oferta y demanda.

Para obtener resultados reales en el mediano y largo plazo se hace necesario entender que los servicios de resolución de conflictos tienen un costo, por lo que deben tener un precio que paguen quienes los utilicen. Lo anterior no obsta a que por razones de eficiencia, habiendo diferencias entre el bienestar social y el individual, el Estado subsidie parte de la provisión de tal bien, para asegurar que se accione frente a los tribunales en una cantidad que sea socialmente óptima. Pero en la parte que hace al bienestar individual es natural que quien se beneficie con este servicio pague por él.

El cobro por los servicios de resolución de conflicto limita el acceso a la justicia de los más pobres que carecen de recursos para solventar tales gastos. Aquí, entonces, como en otras áreas sociales, como la educación o la salud, hay buenos argumentos para que el Estado, ya no por razones eficientistas sino distributivas, también quiera subsidiar la producción del servicio, descartándose así cualquier lesión al derecho a acceder a la justicia. Con estos criterios puede elaborarse una política racional de gasto público en el área que, al menos, por este concepto, pueda realmente focalizarse en beneficio de quienes más la necesitan y no como sucede hoy en día en que el gasto en el sector es, como más adelante se comprobará, absolutamente regresivo.³²

Una política de cobro por el bien justicia, unida a un sistema plural que genere competencias en la provisión de servicio aparece como la estrategia más adecuada para

³⁰ En el último año se han sucedido reuniones convocadas por el BID y el Banco Mundial, para reevaluar sus políticas de intervención en el sector.

³¹ El tiempo de duración de los procesos, al ser gratuito el acceso a la justicia, opera como el "precio" del servicio judicial. Mayor congestión alarga los procesos y hace subir el precio de la justicia. Un aumento de la cobertura, con una consiguiente disminución de los tiempos, abarata la justicia, lo que lleva a un aumento consiguiente de la demanda y a una nueva situación de congestión.

³² El acceso gratis a la justicia lleva a que las personas con recursos tiendan a demandar más allá de lo socialmente óptimo, pues ellas solamente internalizan los costos de sus abogados y otros costos indirectos. Por su parte, las personas pobres utilizan en forma subóptima los servicios judiciales gratuitos por dichos costos indirectos y por la carencia o carestía de asesoría letrada.

obtener equilibrios de largo plazo, a la par de generar incentivos internos y permanentes para entregar un servicio de calidad y menores costos.³³

2. LOS OBJETIVOS DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE JUSTICIA

En lo que sigue, a partir del instrumental teórico que proporciona la microeconomía, expondremos la tesis principal de nuestro trabajo, esto es el ámbito en que resulta justificable la intervención estatal en la resolución de los conflictos suscitados entre personas.

2.1 Los óptimos en materia de políticas públicas

En términos generales, el tema de los óptimos - es decir, el tema de qué es lo mejor desde el punto de vista del colectivo - se vincula con la teoría de la elección racional (Sen, 1976).³⁴

Se trata de esclarecer cuál es la mejor decisión posible para alcanzar un cierto estado de cosas definido como deseable. Desde el punto de vista de un actor individual, la elección - según lo ha sugerido Elster (1988) - puede ser vista como el encuentro de dos variables, a saber, los deseos del agente y el conjunto de sus oportunidades - o, como ha insistido North (1983), el conjunto de creencias del agente acerca de sus oportunidades -. "Dado el conjunto de acciones disponibles, expresa un autor, el agente escoge racionalmente si no está a su disposición otra acción cuyas consecuencias prefiera a las de la acción escogida" (Hahn, 1986). Otro autor (Arrow, 1986) denomina valor a la regla de elección entre varias acciones mutuamente excluyentes. Así, pues, la teoría de la elección sugiere que una elección es racional cuando es derivable de un ordenamiento. El actor individual actúa racionalmente, entonces, cuando según una escala ordinal de preferencias escoge el medio más eficiente, de los que dispone, para alcanzar esas preferencias, supuesto un cierto conjunto de oportunidades.

De una manera análoga a ese concepto de racionalidad individual, es posible, ahora desde el punto de vista de sistemas interactivos más complejos, hablar de racionalidad social. "Dado que las acciones tienen una naturaleza colectiva o interpersonal - expresa Arrow (1986, p. 229) - lo mismo debe ocurrir con la elección entre ellas. Un sistema de valores públicos o sociales en esencia es una necesidad lógica". La racionalidad social equivaldría, desde este punto de vista, a un sistema social cuyos resultados fueran adecuados y coincidentes con un sistema de prioridades - o conjunto de valores, según la terminología de Arrow - bien establecido. Una colectividad o unidad social cualesquiera que contara con un sistema ordinal de preferencias que resultara coincidente con sus resultados, sería, desde el punto de vista que he venido analizando, una unidad dotada de racionalidad social. Ahora bien. Dos problemas quedan planteados a partir de ese concepto de racionalidad social y los dos se encuentran en el centro del diseño de políticas públicas. El primero consiste en saber cómo es posible construir un sistema de preferencias sociales a partir de preferencias individuales (problema éste del que se ha ocupado paradigmáticamente el utilitarismo) y, en segundo lugar, el problema de establecer mediante

³³ Es posible pensar, como alternativa a una reforma más radical que incorpore mecanismos de mercado en la provisión del bien justicia, en regular el monopolio hoy en día existente, buscando emular las condiciones que se darían en un mercado realmente competitivo. Sin perjuicio de que ello pueda resultar lo más viable en el corto plazo, requiere como precondition de una aproximación a lo que podría ser un mercado en la materia, ejercicio que se hace en el presente texto, para saber, por ejemplo, cuánto cobrar por el bien. No debe olvidarse, en todo caso, que la más perfecta regulación de un monopolio siempre adolecerá de deficiencias de información que la harán una opción inferior a la de un mercado perfecto.

³⁴ Sobre este tema, puede consultarse Peña (1996a) pp. 91-166.

qué mecanismos de coordinación es posible alcanzar el bienestar social definido por el sistema de preferencias. De ambos problemas se ocupa, como lo adelantamos, la teoría de la elección social -a saber, del problema de cómo es posible construir un sistema de preferencias sociales, en primer lugar, y de cómo es posible, luego, coordinar las acciones para alcanzar ese sistema de preferencias. En lo que sigue, revisaremos brevemente el primero. Nuestro propósito, como ya lo advertimos, es el de espigar algunas conclusiones relativas a las políticas públicas de justicia.

El problema que acabamos de enunciar - esto es, el problema de cómo es posible adoptar una decisión social partiendo de preferencias individuales - intenta ser resuelto en la economía del bienestar por el conocido criterio del óptimo de Pareto³⁵ - que subyace todavía en importantes teorías de relevancia jurídica y política como la de Rawls (1992) -. Según el criterio de Pareto una situación social cualesquiera es óptima cuando no se puede aumentar la utilidad de un miembro sin empeorar, por ese hecho, la situación de otro. El principio de optimalidad de Pareto define, pues, el momento de eficiencia (económica) como una situación de suma cero, es decir, como una situación tal que lo que uno gana inevitablemente el otro lo pierde, o dicho de otro modo, como una situación en la que sólo caben decisiones distributivas. Como observan Buchanan y Tullock (1980), el óptimo de Pareto posee una justificación ética consistente en que entre dos situaciones cualesquiera se considera superior aquella en que todos sus miembros están mejor o en la que alguno al menos está mejor sin que ningún otro esté peor. Desde el punto de vista del óptimo de Pareto, un sistema de administración de justicia es eficiente cuando no se puede mejorar el nivel de tutela que proporciona sin desproteger a alguien. No es óptimo, en cambio, es decir, es ineficiente, cuando admite disminuciones de costos sin alterar el nivel de tutela disponible, es decir, cuando se puede aumentar el nivel de tutela, **a menor costo y sin desproteger a nadie que esté actualmente protegido**. Sen (1989) ha observado que un estado social cualesquiera puede ser óptimo en el sentido de Pareto con algunas personas en la más grande de las miserias y con otras en el mayor de los lujos, en tanto que no se pueda mejorar la situación de los pobres sin reducir el lujo de los ricos. Así, por ejemplo, un sistema de administración de justicia - como el chileno, según veremos luego - demasiado homogéneo en la composición del litigio y regresivo, por tanto, en la distribución del gasto público, puede ser un óptimo en el sentido de Pareto, es decir, una situación social eficiente, aunque puede no serlo desde el punto de vista de óptimos sociales distintos al que define la economía del bienestar y que obliguen, por ejemplo, a mejorar no la cantidad sino las oportunidades de acceso.

Con todo, lo que enseña ese principio de eficiencia es que, supuesto que la utilidad social es valiosa, algún óptimo de Pareto es indispensable para alcanzar eficientemente cualesquier óptimo social, o sea, que no hay óptimo social posible sin que se alcance un óptimo de Pareto.

2.2 Los óptimos en materia de justicia

Desde luego, la determinación de un óptimo en materia de justicia exige -sobre la base de las consideraciones precedentes- definir, en primer lugar, el bien justicia. Qué se entiende por justicia y qué tipo de bien es la justicia desde el punto de vista económico, son preguntas que ayudan a definir un cierto óptimo en esta materia.

En lo que sigue, se define al bien justicia por relación a la titularidad de derechos. La justicia equivale, entonces, a la protección compulsiva de un derecho o a la corrección de incertidumbres en su titularidad. Tiene así dos fases diferenciables, una declarativa o

³⁵ Cfr. Arrow y Scitovsky (1974). Para un análisis crítico puede consultarse, Sen (1989).

adjudicativa, que consiste en señalar a quién y en qué dimensión corresponde un derecho. La segunda es la compulsiva, consistente en poner en movimiento el poder coactivo del Estado para lograr el respeto del tal derecho o la ejecución de una sanción. Es aceptable que el Estado, por su propia razón de ser, se reserve para sí el uso de la fuerza.³⁶ Lo que no es tan claro, y queremos dilucidar a continuación, es que él deba reservarse privativamente la función adjudicativa, al menos en aquellos casos en que una y otra puedan - y deban - operar en forma separada. A continuación concentraremos nuestro análisis exclusivamente en los arreglos institucionales más idóneos y eficientes para asumir tal tarea declarativa y adjudicativa.

En principio, entonces, el bien justicia equivale a la resolución de una incertidumbre en la titularidad de un derecho. Parece evidente que, en principio, la reducción de tal incertidumbre es un bien privado - se trata de un bien rival - aunque posee externalidades positivas que deben ser compensadas con cargo a rentas generales. Hay, con todo, áreas de la justicia relacionadas con la identidad del sistema normativo que producen información respecto de cuáles son las normas del sistema. En este caso, se trata de un bien público puro. En lo que sigue, se aplican este conjunto de conceptos al sistema de justicia. El análisis comienza definiendo el nivel de justicia disponible y el nivel óptimo. Luego de eso, se analizan las razones para financiar con cargo a rentas generales el sistema de justicia y para proveer estatalmente ese bien.

En términos generales, puede afirmarse que el nivel de justicia disponible depende de la interacción entre la demanda por justicia y la oferta existente de la misma. La demanda por justicia deriva de la necesidad de protección frente a la infracción de derechos y ésta, por su parte, del grado y características de la oferta de protección. Como se ha dicho, la justicia opera no sólo de modo represivo (es decir, interviniendo coactivamente ante la infracción de un derecho), sino, también, de un modo disuasivo o preventivo (una alta probabilidad de intervención desalienta las infracciones). El nivel de justicia prevaleciente equivale, entonces, a un resultado de la interacción entre la oferta y la demanda de justicia (un sistema de justicia imparcial y eficiente presta protección al disuadir la violación de derechos). Un sistema de justicia óptimo no equivale, entonces, a un acceso pleno e igualitario a los tribunales de justicia. La exclusión de un sistema de justicia - entendida como imposibilidad de resolver todos los conflictos a través del sistema - no es, entonces, mala por sí misma ni equivale a desprotección. Un sistema de justicia no puede, en consecuencia, aspirar a que todas las personas puedan ingresar demandas al sistema. Debe aspirar, en cambio, a que todos estén protegidos: la protección óptima se alcanzaría mediante un equilibrio entre la oferta y la demanda de justicia o, en otras palabras, mediante un equilibrio entre el efecto represivo y el efecto disuasivo.

Una oferta de justicia plena - donde todo el que quisiera acceder al sistema de justicia pudiera hacerlo - no es un objetivo que, en principio, sea deseable desde el punto de vista del bienestar puesto que - como se viene diciendo - una oferta amplia no equivale necesariamente a protección total y si equivaliera no constituye la mejor decisión alternativa. Es preferible un óptimo que equilibre la oferta disponible y la demanda por justicia³⁷.

³⁶ En términos económicos, puede aducirse que el uso de la fuerza genera altísimas externalidades negativas (abusos, miedo, inseguridad, etc.), que los privados no internalizan al utilizarla. Por ello es que resulta más eficiente que se la reserve el Estado, superando así el estado de naturaleza hobbesiano donde la cooperación entre los sujetos resulta imposible. Ciertamente, pueden haber hipótesis en que los beneficios privados - y públicos - del uso por parte de los privados de la fuerza sean aún superiores a las ya aludidas externalidades, en casos como la legítima defensa o el arresto in fraganti, en los cuales el Estado excepcionalmente autoriza e incentiva a los privados a utilizarla.

³⁷ La expresión oferta de justicia, por otra parte, debe entenderse en un sentido amplio, esto es, comprensiva de todos los mecanismos de resolución de conflictos socialmente disponibles.

El efecto disuasivo de la justicia - es decir, la alta probabilidad de intervención y de sanción que desalienta las infracciones - posee relevancia desde el punto de vista económico puesto que equivale a una externalidad positiva del sistema. Hay sujetos que quedan protegidos por el sistema de justicia sin incurrir en costos directos - tasas judiciales, tiempos de espera - por esa protección. El sistema posee, entonces, divergencias entre la demanda privada y la demanda social (entendida como una demanda que contabilizara las externalidades). Cada sentencia judicial posee, así, un componente de bien público - el efecto disuasivo y la información respecto del sistema normativo - que estimula conductas como las del polizón por parte de quienes no demandan. Ese componente de bien público justifica el financiamiento, al menos en parte, del sistema de justicia con cargo a rentas generales. Nada impide, sin embargo, y como se verá luego, que, de una manera relevante, ese bien sea provisto por particulares; aunque financiado, de la forma como se ha dicho, con cargo a rentas generales.

Conviene detenerse, nada más por un momento, en esta dimensión de bien público del sistema.³⁸

Desde el punto de vista económico, la principal dimensión pública del litigio lo constituye la información producida por las decisiones que el sistema emite. Esa información versa acerca del contenido del sistema normativo, de sus límites y de la manera en que el derecho está siendo producido por los jueces (por cierto, un análisis más fino de esta información ayuda, desde el punto de vista jurídico, a distinguir varios bienes públicos). Podemos denominar a ese bien, "precedente" (sea que se alcance mediante el *stare decisis* o mediante un sistema de casación). Como ha sugerido Posner (1998b, p.587), un cuerpo de precedentes en un área del derecho constituye un stock de bienes de capital, específicamente un stock de conocimientos acerca del producto de varios años de litigación. Esos conocimientos son aprovechados por los litigantes potenciales quienes, de esa manera, saben cuáles son sus obligaciones y sus probabilidades en un conflicto, situándose, así, en mejores condiciones para decidir si invertir o no, por ejemplo, en un litigio. Un cuerpo de precedentes tiende a desalentar la conducta estratégica y favorece el logro de acuerdos; aunque estos últimos, paradójicamente, como ha sido sugerido, carecen de ese importante efecto público (Fiss, 1998). Por cierto, este capital que constituye un cuerpo de precedentes, posee un valor y una tasa de depreciación en el tiempo que suele estar en directa relación con el grado de obsolescencia de las leyes. Una alta contingencia en el cuerpo de leyes, disminuye inmensamente el valor del cuerpo de precedentes y confiere, parejamente, un mayor valor al mercado político y a los grupos de interés, establecido que el sistema de justicia suele, por sus características, estar menos expuesto a las fallas habituales del mercado político. Es por esta razón que los sistemas legales que muestran un alto grado de obsolescencia legislativa, asignan también un bajo valor al precedente.

Uno de los rasgos sorprendentes de un sistema de precedentes (Posner, 1998b, p.588; Miceli, 1997, p.156; Cornes and Sandler, 1996, p.40) es que, en rigor, nadie paga por ellos; aunque constituyen una gigantesca creación intelectual sobre la que ordinariamente existirían derechos de propiedad. Desde luego, el establecimiento de derechos de propiedad sobre este tipo de bienes, anularía su efecto público (Cornes and Sandler, 1996, p.41). Por esta razón, el precedente merece ser tratado como "cultura jurídica" o como "práctica legal" (Peña 1996b), es decir como el resultado de la labor de innumerables jueces y abogados, imposibles de identificar, cada uno de los cuales, al litigar, deja un rastro mínimo en esta creación que puede, también, ser caracterizada como un "cosmos" en el sentido de Hayek

³⁸ Estas notas sobre el valor del precedente forman parte de un libro en actual preparación (Pastor, S. y Peña, C., *La Dimensión Económica de la Justicia*).

(Hayek, 1978). Desde luego, y como se insistirá más adelante, este producto justifica la existencia de los abogados y obliga a mitigar las críticas y la afirmación -habitual, pero errónea- según la cual los abogados nada más transfieren riqueza, sin crearla.

Si bien dado su carácter público, los precedentes podrían originar un problema de free rider, ello en la práctica no ocurre. Las explicaciones para ello son varias y las más habituales consisten en que los jueces están en medio de un arreglo cooperativo múltiple entre ellos, en un juego de toma y daca - la novela legal en serie (Peña 1993b)- establecido, además, que si el precedente se devalúa, la tasa de litigación aumenta, perjudicando así el interés privado de los jueces.

Puede, sin embargo, ocurrir - y esta investigación ofrece alguna evidencia empírica en este sentido- que los jueces tengan incentivos para no producir precedentes y que el sistema judicial en su conjunto no los cree o los deprecie muy rápido, produciéndose, así, una pérdida de riqueza. Desde luego, este fenómeno se produce cuando la tasa de obsolescencia legislativa es muy alta, cuestión que, por su parte, depende de las fallas que presente el mercado político (una alta sensibilidad, por ejemplo, a los grupos de interés) o de los rasgos del sistema político (vgr. un sistema en transición suele presentar un mayor grado de constructivismo que traslada la creación del derecho desde los jueces al proceso legislativo). Contribuye, también, a un bajo valor del precedente, la presencia de incentivos que inducen a los jueces al fallo en equidad. Los fallos en equidad - como contrapuestos a los fallos que confieren valor al precedente- pueden o ser más baratos para los jueces (porque, por ejemplo, necesiten invertir menos tiempo en ellos que en un fallo de casación) o, directamente, producir para ellos una mayor rentabilidad (porque, por ejemplo, permiten a los jueces influir en el mercado político o intercambiar favores con los litigantes).

La baja producción de precedentes en el sistema legal chileno - según se mostrará en esta investigación y se insistirá de inmediato- puede estar relacionada con todos los factores que se acaban de mencionar. Por lo pronto, en el sistema legal chileno no existe un conocimiento profesional acumulado - la llamada dogmática jurídica- que haga más barato recurrir al precedente o al fallo de casación (Peña, 1994). El alto grado de cambio legal en Chile en las últimas décadas y la falta de una comunidad de académicos profesionales ha incidido, sin duda, también, en este fenómeno (Peña, 1994). Todo ello ha incentivado, según lo ponen de manifiesto las cifras para la década de los ochenta, que los jueces recurran al fallo de equidad como un equivalente funcional, como una solución homeostática a la gran congestión del sistema (Peña, 1993a).

Como quiera que sea, normativamente apreciado, esa producción de precedentes por parte del sistema, es una poderosa razón, como se viene diciendo, para su financiamiento con cargo a rentas generales.

Si no existiera, en cambio, ese componente de bien público, el Estado podría idealmente asignar sólo titularidades³⁹, regulando un mercado de jueces que proveyera protección y donde cada sujeto cuya titularidad fuera afectada valorara esos derechos (esa valoración se reflejaría por la propensión a pagar un determinado costo para protegerlos). Sin embargo, como existe ese componente de bien público, el Estado debe idealmente corregir esas externalidades no compensadas por medio de rentas generales. El litigante, entonces, no soporta directamente todos los costos del acceso: parte de ellos (idealmente los que corresponden a las externalidades que su intervención genera) se financian por el Estado. Desde luego, las externalidades del sistema justifican el financiamiento - en parte -

³⁹ Desde luego, y como lo han mostrado Calabresi y Melamed (...), hay casos en que no es posible asignar titularidades y, en ese caso, se establecen reglas de responsabilidad. El fenómeno no afecta, sin embargo, el análisis que sigue.

del sistema de justicia con cargo a rentas generales; pero no la producción directa del bien justicia por parte del Estado. **No se observan mayores razones conceptuales que, desde el punto de vista económico, justifiquen la producción del bien justicia necesariamente y únicamente por parte del Estado.** No es desmesurado, entonces, imaginar un sistema de justicia privado, con subsidios a la oferta o la demanda y con amplia competencia.⁴⁰

Lo anterior no debe, en verdad, sorprender, puesto que ocurre ampliamente en los sistemas legales contemporáneos. En los sistemas adversariales - vgr. el common law en el campo de daños, contratos, etc.- el proceso de investigación y la posterior sanción al infractor se alcanza mediante una mixtura, una mezcla de proporciones difíciles, pero espontáneas, de law enforcers públicos y privados y, por cierto, desde el punto de vista histórico no es difícil encontrar ejemplos de una "justicia sin Estado" (Benson, 1990).

Con todo, el sistema presenta, también, externalidades negativas. El servicio de justicia se comporta como un bien privado: genera exclusiones. Quienes están excluidos debieran, idealmente, estar cubiertos y protegidos por el efecto disuasivo. Pero cuando ese efecto no se produce, la exclusión equivale a desprotección.

Por lo que va dicho, en términos puramente conceptuales (y económicos⁴¹), la provisión de justicia es óptima cuando: (a) todos están protegidos por el efecto disuasivo o represivo y (b) cuando el Estado subsidia la demanda en una magnitud equivalente a las externalidades positivas que genera quien recurre al sistema⁴².

2.3 Provisión y producción estatal del bien justicia

No parece haber razones que, en principio, justifiquen una justicia íntegramente financiada por el Estado con cargo a rentas generales o un sistema de justicia producido íntegramente por el Estado. Ello sólo estaría justificado si - como parece ser el caso de la justicia constitucional o la justicia de casación - se tratara de bienes públicos en sentido estricto.

Hay casos, en efecto, en que la justicia posee características de un bien público puro, es decir, de un bien no rival. Ello ocurre particularmente en el área de la justicia constitucional; en el ámbito de la casación; y, en fin, en el área de la justicia criminal en la que el Estado y los particulares poseen valoraciones divergentes.

La justicia constitucional - como se verá en detalle más adelante- produce bienes públicos en sentido estricto. La jurisprudencia constitucional genera información acerca de cuál es el sistema normativo (por ejemplo el principio de ponderación de bienes es un procedimiento establecido en las reglas constitucionales para producir decisiones, más que una decisión

⁴⁰ Existen razones adicionales para promover que el Estado subsidie la oferta privada de este bien, antes que producirlo el mismo a través de funcionarios públicos. Tratándose de un servicio de contornos difusos, como el judicial, la producción estatal del mismo no conlleva ningún incentivo para acortar la duración de los procesos y con ello llegar a soluciones más eficientes. Al contrario, se produce un desincentivo ya que la mayor celeridad a los jueces sólo les produce un aumento de su carga de trabajo, sin obtener por ello mejoras salariales. Si el subsidio estatal fuese una cantidad fija para cada tipo de casos, los productores del servicio sí tendrían incentivos para abreviarlos y para aumentar su carga laboral.

⁴¹ Queda fuera los casos de "justicia correctiva", es decir, los casos en que el Estado decide intervenir por razones de moralidad (entendemos por razones de moralidad los casos en que el Estado valora la educación de los ciudadanos y por eso interviene). El fenómeno es especialmente interesante en la esfera de la responsabilidad: un sistema de seguro social podría cubrir todas las contingencias pero no educaría moralmente a sus miembros.

⁴² Desde luego, si no se cumple la condición (a), sería necesario corregir las externalidades negativas de quienes resultan excluidos sin recibir protección por vía del efecto disuasivo.

considerada en sí misma); acerca de cuáles son las titularidades de que están provistos los sujetos - la pregunta acerca de qué derechos tenemos es resuelta por la práctica constitucional más que por el sistema normativo (Peña, 1996b)-; y contribuye, además, a producir arreglos institucionales (como ocurre cuando el sistema de justicia constitucional dirime disputas de competencia en el sistema político). Esta función se realiza, fundamentalmente, por la vía de decidir qué normas están provistas finalmente de obligatoriedad y cuáles derechos tienen los ciudadanos, delimitando, así, las esferas de acción de las personas. Un sistema constitucional debe generar esa información y ello justifica su financiamiento con cargo a rentas generales mediante un único órgano que tenga la última palabra al decir qué es derecho en cada caso. Las importantes funciones de la justicia constitucional justifican, además, su carácter estatal: sólo hay justicia constitucional allí donde hay un único órgano que emita decisiones obligatorias incluso de carácter contramayoritario.⁴³

El carácter que posee la justicia constitucional aconseja contar con un sistema previo de selectividad (al modo del *right of certiorari*) que decida, en base a esas consideraciones, si el asunto merece o no ser resuelto. Como suele ocurrir, se verifica aquí una divergencia entre el interés privado y el público. Cuando el input del sistema está entregado indiscriminadamente a las partes, el sistema funcionará con perjuicio del bienestar social: se demandará más veces que las socialmente necesarias. Lo que se ha dicho respecto de la justicia constitucional es válido también – *mutatis mutandis* - para la justicia de casación.⁴⁴ Los tribunales de casación – como se sugirió al tratar del precedente- proveen de información importante respecto del sentido de las reglas y respecto del error contenido en el conjunto de las decisiones del sistema. Un sistema de justicia de casación que produzca esos bienes, contribuye a saber cuáles son las reglas del sistema normativo y, por la vía de detectar errores, disminuye la contingencia y desalienta la conducta oportunista. El producto de un sistema de casación es un conjunto de informaciones sumamente valiosas que equivalen a un bien público. Constituyen una gigantesca creación intelectual, un stock de capital que favorece, como pondría de manifiesto cualquier análisis institucional, la creación de riqueza por la vía de consolidar derechos de propiedad y disminuir costos de transacción. Equivalen, para coger aquí a un ejemplo famoso, a un faro que, sin discriminación alguna entre los que pagan y los que no, impide naufragios.

Distinto a los dos precedentemente tratados es el caso de la justicia del crimen. La justicia criminal presenta un componente de bien público - el efecto disuasivo - pero no genera información del tipo exacto que produce la justicia constitucional o la justicia de casación. El efecto disuasivo constituye, en principio, una externalidad positiva que debe ser compensada con cargo a rentas generales. Así y todo, hay una razón adicional que podría llevar a concluir que el Estado tiene interés en poseer un sistema de justicia criminal íntegramente financiado y provisto por el aparato estadual. Puede ocurrir que el Estado valore los bienes comprometidos en el conflicto criminal de una manera divergente a las partes directamente involucradas. Un

⁴³ Existe una razón no propiamente eficientista para que la justicia constitucional sea producida por el Estado, ya que ella importa decisiones de carácter colectivo, decisiones políticas, que requieren de legitimidad democrática para ser asumidas, de la que el Poder Judicial se encuentra revestido por su especial estatuto constitucional. Este tipo de decisiones presenta problemas para el paradigma clásico del actor racional, pues, como ha demostrado Arrow (1986), no existe ningún sistema eleccionario que permita adoptar decisiones colectivas que aprueben todos los tests de racionalidad y coherencia.

⁴⁴ La casación en el fondo es el último recurso de que disponen las partes de un proceso con el fin de que la Corte Suprema determine la correcta interpretación y aplicación de una norma jurídica al caso concreto. Este recurso persigue la uniformidad en la interpretación legal y, por ende, en la jurisprudencia. A través de él no se pueden discutir los hechos del proceso, sino solamente el derecho aplicable.

Estado perfeccionista, por ejemplo, que crea que es intrínsecamente valioso promover una vida autónoma y responsable, tendrá interés en perseguir y castigar ciertos actos aún cuando la víctima directa carezca de todo interés en hacerlo. Por esa razón el Estado podría tener interés en perseguir la esclavitud, incluso consentida o castigar los atentados a la vida, aún cuando la víctima no tenga interés en hacerlo. Un Estado perfeccionista - un Estado, en suma, que sostenga que hay bienes intrínsecamente valiosos que no dependen de la voluntad del titular - tendrá razones divergentes a las de los particulares para poseer un sistema de justicia.⁴⁵ Esto podría ocurrir también respecto de la justicia de familia⁴⁶ o en la civil.^{47 48}

Fuera de los casos precedentemente indicados - la justicia constitucional; la de casación; y la justicia del crimen en un Estado perfeccionista - el resto del sistema de justicia podría poseer perfectamente las siguientes características: a) ser financiado con cargo a los litigantes principalmente y sólo en parte con cargo a rentas generales, idealmente en la magnitud de la externalidad positiva que produzcan; b) Ser producido directamente por los particulares mediante una heterogénea oferta de tutela o resolución de conflictos; c) Estar sometido al control de los órganos de casación o de justicia constitucional de una manera que desaliente el comportamiento oportunista.

Ninguna de las precedentes características presenta, no obstante, el sistema de justicia en Chile.

Desde luego, el sistema de justicia en Chile carece de tasas, es decir, quienes litigan sólo han de cubrir sus costos directos. Con cargo a rentas generales se financia la totalidad del aparato de justicia, compuesto de órganos no competitivos, con justiciables cautivos. Las tasas

⁴⁵ Existe otra razón para que el Estado intervenga en la justicia criminal, relacionada con el aspecto compulsivo de la justicia a que aludimos en un comienzo. En materia penal, la fase declarativa del proceso - determinar si hubo delito y quien es el culpable de su comisión -, está tan íntimamente ligada con el uso de la fuerza - imposición de la sanción -, que no aparecen que puedan desligarse fácilmente una de la otra y atribuirse a órganos diferentes. Si fuese un privado quien determinara la culpabilidad, aunque no aplicara directamente la pena, el Estado le estaría en definitiva renunciando a su potestad punitiva.

⁴⁶ En general, cuando el Estado actúa en protección de una parte más débil, por ejemplo, los menores, restringiendo las posibilidades de que ellos mismos puedan resolver sus conflictos o que estos puedan ser resueltos de cualquier manera.

⁴⁷ Puede ocurrir, sin embargo, que al Estado le interese que sus agencias intervengan en conflictos con prescindencia de la solución que prefieran alcanzar los particulares. Así ocurriría, por ejemplo, si el Estado define la solución del conflicto como un bien distinto al que pretenden alcanzar los particulares. Es el caso, por ejemplo, de la justicia correctiva. En un caso de daños a los particulares les interesa la reparación. Al Estado, en cambio, puede interesarle utilizar la pena para corregir el comportamiento moral de los sujetos. Un sistema de distribución por anticipado del riesgo - mediante un seguro - favorece el objetivo de los particulares. No favorece, en cambio, el objetivo del Estado. Desde otro punto de vista, la situación puede ser definida como de asimetría de objetivos: al Estado puede interesarle disminuir la tasa global de accidentes - lo que Calabressi denomina costos primarios - y a los particulares sólo reparar su daño - en terminología de Calabressi, costos secundarios -. Si el Estado quiere corregir esa divergencia, debe pagar por ella con cargo a rentas generales.

⁴⁸ Estos casos en que hay valoraciones divergentes muestran hasta qué punto la definición de un óptimo desde los principios de la economía del bienestar resulta problemática tratándose del bien justicia. Como lo ponen de manifiesto los ejemplos que se han considerado - la justicia correctiva en general - la justicia y los derechos no resultan siempre compatibles con la definición puramente individual de utilidades que subyace, a fin de cuentas, en el óptimo de la unanimidad paretiana. La definición puramente individual de utilidades resulta incompatible con el perfeccionismo de un sistema de justicia constitucional.

no operan para moderar la propensión a litigar ni como fuente de financiamiento del sistema. El resultado que este fenómeno produce resulta obvio: las personas de mayores ingresos tienen mayores posibilidades de acceder a la protección que brinda el sistema y los excluidos terminan subsidiando a los de mayores recursos que logran hacerlo. Los pobres, por su parte, no logran acceder prontamente al sistema porque si bien no hay tasas, el mercado de los abogados - con cuya representación es necesario contar para el acceso - carece de subsidios. El Estado no cuenta con un sistema suficientemente amplio y focalizado de asistencia judicial para pobres. El sistema de justicia civil, al carecer de tasas, acabaría subsidiando la litigación de quienes, por poseer mayores recursos, pueden acceder al sistema de justicia (la composición del litigio civil evidenciaría importantes exclusiones⁴⁹).

De otra parte, el sistema de justicia en Chile es excesivamente homogéneo y no consulta un sistema plural y suficientemente diversificado de mecanismos para la resolución de conflictos. El arbitraje presenta problemas en su organización institucional y si bien cada vez se le utiliza más, suele ocurrir que se le emplee como un mecanismo susceptible de revisión por parte de la judicatura ordinaria con lo que - atendida la ausencia de tasas - pierde sentido como mecanismo de internalización de costos. Es probable que el arbitraje no cuente con un entorno de incentivos que estimule su utilización.⁵⁰

En fin, el sistema de justicia constitucional; el sistema de casación; y el sistema de justicia criminal en Chile, presentan severas deficiencias que impiden que produzcan los bienes públicos que de ellos se espera.

En un sistema de justicia constitucional que equivalga a una práctica firmemente establecida⁵¹, las sentencias del sistema equivalen - como ya se dijo - a bienes cuyo componente público es mayor que el componente privado⁵². Si el sistema constitucional es coherente e íntegro en el sentido de Dworkin, cada decisión contribuye a orientar otras múltiples decisiones posibles y a desalentar el comportamiento oportunista (una de las funciones de un sistema de justicia constitucional es disminuir la incertidumbre respecto del sistema normativo⁵³). Por eso el Estado tiene un especial interés en alcanzar óptimos a nivel de la

⁴⁹ El caso resulta similar a un sistema de educación superior gratuita con un sistema de selección sobre la base de capacidades adquiridas (como el que existía en Chile hasta el año 1980). Como los más ricos han tenido acceso a una mejor educación secundaria, han adquirido mayores destrezas, gozarán de la gratuidad en una mayor medida que los pobres. El acceso gratuito a la educación superior acaba, así, siendo un subsidio para los de mayores ingresos. Las cifras ponen de manifiesto este fenómeno y explican porqué la cantidad de pobres (los situados en el quintil de más bajos ingresos) ingresados al sistema universitario en Chile sigue siendo el mismo con un sistema gratuito universal que con un sistema de cobro diferenciado. La gratuidad universal no posee ningún efecto redistributivo, sino regresivo. La ausencia de tasas judiciales produce, mutatis mutandis, el mismo efecto.

⁵⁰ También es más conveniente el arbitraje que la solución judicial, pues éste tiene un mayor grado de flexibilidad y puede adaptar su operatoria a las características específicas del caso de que se trate. En otras palabras, el captar y procesar información tiene costos. Con el arbitraje puede alcanzarse un óptimo entre esos costos y los beneficios, en función del caso específico. Tal cosa no puede suceder en el Poder Judicial por la estandarización con que opera. En el mejor de los casos puede discriminar entre unos pocos procedimientos para cada materia y, dentro de ellos, se tiende a actuar bajo rutinas burocráticas. Al no existir otros incentivos, ello lleva a que el sistema opere en función de los casos más complejos, lo que lleva a someter a tramitaciones largas a casos que podrían perfectamente abreviarse.

⁵¹ Sobre el concepto de práctica, puede verse Peña (1996b).

⁵² Otras áreas como la justicia electoral poseen un componente casi exclusivamente público.

⁵³ Vid. Peña (1996b).

justicia constitucional⁵⁴. Ello exige, sin embargo, seleccionar el acceso a la justicia constitucional deliberadamente o disuasivamente, como ocurriría con un sistema de justicia constitucional provisto de una jurisprudencia estable y regular que posea baja incertidumbre. El sistema en Chile carece de un mecanismo de selectividad - cualesquiera que tenga una pretensión puede acceder al litigio constitucional; aunque cuente con mecanismos ordinarios -; su decisión no está orientada al sistema normativo, sino a la cautela; en fin, las decisiones poseen baja densidad informativa y carecen de coherencia e integridad.

El sistema de casación, a su turno, está diseñado como un mecanismo que permite favorecer la unidad del sistema normativo mediante su interpretación uniforme. La casación provee información para detectar decisiones erróneas y, cuando sus decisiones son estables en el tiempo, permite disminuir la propensión al litigio oportunista. Ello exige, sin embargo, decisiones con alta densidad informativa; regularidad en su producción; estabilidad en su contenido. Nada de eso ocurre, de manera predominante, en el sistema de justicia en Chile: la Corte de Casación prefiere hacer uso de un mecanismo de decisión con baja densidad informativa, renunciando - por motivos de escasez de tiempo y recursos - a la producción de ese importante bien público. En vez de la casación, ha preferido tradicionalmente la queja que, al no producir información - sino sólo protección o resoluciones de incertidumbre - produce sólo bienes privados.

2.4 Argumentos adicionales

Existen otros argumentos que inciden en la determinación de los arreglos institucionales más eficientes para la producción del bien justicia y que permanentemente, en forma explícita o implícita, están presentes en cualquier discusión sobre este tema. Entre ellos destaca el relacionado con los **costos de transacción**. Comúnmente se sostiene que los Poderes Judiciales existen precisamente para aplacar tales costos. Ciertamente no parece ser éste un argumento decisivo ya que pueden definirse otros arreglos institucionales que cumplan el mismo fin. Tal es el caso, por ejemplo, de un sistema de arbitraje institucional, que en forma similar al sistema judicial permite de antemano contar con un cuerpo estable de personas dentro de las cuales saldrá quien resolverá un eventual conflicto, bajo reglas claras que igualmente se encuentran preestablecidas, sin que sea necesario negociar sobre ellas.⁵⁵

También pareciera sostenerse la existencia de ciertas **economías de escala** en la producción de los servicios judiciales, que justificaría concentrar en un equipo pequeño y especializado en la resolución de todos los conflictos, labor que desempeñaría el cuerpo de jueces del Poder Judicial. Pero, de existir tales economías, igual se podrían obtener resultados eficientes a través de la especialización en otros arreglos institucionales, como en los hechos pareciera estar sucediendo en Chile con la concentración del arbitraje de ciertos temas muy técnicos y complejos en un grupo reducido de personas.

El Estado también puede encontrar buenas razones para intervenir en esta materia por criterios de **subsidiariedad** pura, cuando ningún privado esté interesado en producir el servicio, pese a existir una demanda por el mismo. Al considerar el Estado socialmente valioso este servicio, a tal punto que lo establece como una garantía constitucional, puede tener motivaciones para producirlo directamente ante la inexistencia de un mercado privado

⁵⁴ En el caso de Chile, al no existir esa práctica el sistema no posee ese efecto público y se comporta de manera similar a una decisión civil.

⁵⁵ Un tema de mayor estudio es si uno u otro sistema - jueces o árbitros -, requerirían de una mayor "madurez institucional" para funcionar eficientemente.

para ello. En nuestro país este argumento podría cobrar peso sobretodo en ciertas zonas extremas y aisladas.

Incluso ya no produciendo el servicio, el Estado podría tener buenas razones para intervenir controlando la **calidad** con que éste es entregado por terceros. Tarea, el control de calidad, que en sí puede constituir una suerte de bien público. Por esta vía puede justificarse la mantención de un cierto control disciplinario del Poder Judicial sobre árbitros y mediadores y, obviamente, el poder regulador general del Estado sobre los mismos.

También deben traerse a colación para un análisis de este tipo, los distintos **problemas de agencia** que se generan en la provisión de un servicio tan singular como la resolución de conflictos. Aparentemente, es mucho más difícil disciplinar la acción de jueces y funcionarios judiciales que la de un árbitro, pues en este último caso los principales están bien definidos y son cercanos, a diferencia del primero en que son difusos (el Estado, la sociedad toda). Si un árbitro hace mal su trabajo, las partes pueden decidir no volver a nombrarlo la próxima vez, decisión que, por compleja que sea de adoptar, en ningún caso procede cuando se trata de un Juez.⁵⁶

Finalmente, la gran justificación no eficientista para la acción del Estado es la **distributiva**. Al Estado le puede interesar subsidiar el bien justicia no sólo para compensar externalidades, sino por criterios de equidad, que son los que están detrás de la afirmación irrestricta que él mismo hace de ciertos derechos, dentro de los cuales se encuentra el de acceder a la justicia. Obviamente, esto no significa que deba producir él mismo el bien justicia, pero puede llevar a ello si dentro de las múltiples alternativas de que se dispone para ofrecer el bien, la pública sea la más barata.

2.5 Algunas conclusiones

La definición de un óptimo en cuestiones de justicia presenta particularidades cuando se la juzga con un enfoque económico. Desde el punto de vista de la economía neoclásica, la situación parece sencilla: cuando la justicia equivale a un bien privado con externalidades positivas, el Estado debe intervenir mediante la financiación con cargo a rentas generales; pero no hay razones para que su producción se efectúe por el propio Estado. Los sujetos mostrarían cuánto valoran el bien en disputa por su propensión, entre otras cosas, a pagar por su protección. Cuando, en cambio, la justicia produce bienes públicos - información acerca del sistema normativo - hay razones para el financiamiento estatal y su provisión por parte del Estado (la principal razón para esto último es que un sistema normativo único equivale al Estado)⁵⁷. Si esta definición es correcta, entonces podría alcanzarse - supuestas las condiciones habituales - algún óptimo de Pareto. Con todo, hemos visto, el Estado Constitucional suele valorar los bienes en disputa de una forma que resulta divergente con la valoración que hacen los individuos. Hay varias razones para que esto ocurra. Una de ellas es que el Estado Constitucional parece resistirse a aceptar la neutralidad agencial (la idea que no deben valorarse de manera distinta las diversas concepciones del bien y de que no hay decisiones individuales intrínsecamente más valiosas que otras), endosando, en cambio, alguna tesis perfeccionista. Según esta tesis hay bienes intrínsecamente valiosos que al Estado le interesa fomentar y proteger. Como el utilitarismo que subyace al análisis económico es agencialmente neutral, habría una oposición entre esa manera de definir un óptimo y el perfeccionismo del Estado (que, como vemos, no es agencialmente neutral). La

⁵⁶ En esta misma línea, la perspectiva del **public choice** entrega otros buenos argumentos para optar por soluciones alternativas a la judicial.

⁵⁷ Discutir la provisión en este caso importaría discutir el Estado al modo en que, por ejemplo, lo hace Nozick.

otra razón radicaría en que el sistema normativo constitucional posee un carácter contramayoritario que se opone a la mera agregación de utilidades individuales. Ese carácter contramayoritario explicaría la idea de derechos básicos. La idea de derechos básicos equivaldría a límites que ningún cálculo agregativo - como el que subyace a la economía del bienestar - podría sobrepasar. Examinar, entonces, el financiamiento y la provisión del bien justicia equivaldría a analizar tres variables: los casos en que el sistema produce externalidades positivas que proveen de una razón para su financiamiento con cargo a rentas generales; los casos en que el sistema produce bienes públicos (es el caso de la justicia constitucional y de casación); y los casos en que el Estado no tiene razones agencialmente neutrales, sino que razones agencialmente relativas.⁵⁸

⁵⁸

Ver, al respecto, Peña (1993b y 1996c).

CAPÍTULO SEGUNDO

¿PRODUCE BIENES PÚBLICOS EL SISTEMA JUDICIAL CHILENO?

1. JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Siguiendo el marco de referencia general que se acaba de exponer, el presente apartado se propone examinar hasta qué punto se justifica la intervención judicial en lo que se ha dado en llamar la jurisdicción constitucional. Incluiremos en el examen el rol que cumple el Poder Judicial cuando resuelve los llamados recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y los recursos de protección de las garantías constitucionales.

Hemos omitido deliberadamente el examen de los recursos de amparo, en razón de su baja conexión con lo que pudiera llamarse propiamente jurisdicción constitucional y, sobretudo, por cuanto, como ya se ha señalado, hemos excluido de este estudio las cuestiones penales, con las que el recurso de amparo típicamente se vincula, al punto que suele usarse con frecuencia como medio de impugnación de resoluciones judiciales en procesos criminales.

La razón para revisar estas dos vías de impugnación establecidas en la Constitución se debe a la necesidad de preguntarnos hasta qué punto los mecanismos de inaplicabilidad y de protección que habremos de examinar constituyen una jurisdicción constitucional y producen y proveen a la sociedad de los bienes públicos que es posible esperar de este tipo de actividad. En otras palabras, queremos preguntarnos hasta que punto la práctica que despliegan nuestros Tribunales satisface las necesidades que justifican la jurisdicción constitucional y el hecho que el Estado, a través del Poder Judicial, provea y produzca lo que se resuelve efectivamente en materia de inaplicabilidad y de protección.

Una auténtica jurisdicción constitucional debiera producir dos bienes públicos claramente diferenciables. El primero de ellos corresponde al control del poder político y la consiguiente protección de los derechos fundamentales de los individuos. El segundo apunta a completar la labor que le corresponde al legislador de dictar las normas generales que rigen a la comunidad. Naturalmente estas funciones se encuentran tan íntimamente ligadas que la distinción entre ellas no responde más que a un ejercicio analítico de explicación.

La función de someter la política al derecho o de controlar el ejercicio del poder político constituye la esencia de un Estado de Derecho; "el gobierno de las leyes y no de los hombres", según la formulación más antigua. Para que ello opere, no basta con la existencia de leyes y particularmente de un texto constitucional que se declare a sí mismo como superior a gobernantes y gobernados. Es indispensable la existencia de una jurisdicción regulada y sometida también al derecho, que sea capaz de actuar para invalidar los actos del poder que sobrepasen al derecho. Esa función de la jurisdicción constitucional debe de proveer entonces a la comunidad toda, más allá de quien recurra a ella en casos particulares, de un mecanismo - casi podríamos decir de el mecanismo por antonomasia- para la efectiva vigencia de un Estado de Derecho.

Tal labor se hace esencial para el desarrollo y la vigencia de derechos fundamentales. El control del poder político en base al derecho no es más que la vieja técnica de la protección de los derechos fundamentales. Son precisamente esos derechos los que constituyen el límite del poder. Es la efectiva vigencia de esos derechos los que constituyen al súbdito en ciudadano, dotándolo de igual dignidad y de atributos que ni siquiera la voluntad mayoritaria puede desconocer. La jurisdicción constitucional está

llamada a dar efectiva vigencia a estos derechos⁵⁹. Cuando un ciudadano o ciudadana reclama que alguno de sus derechos fundamentales ha sido vulnerado, es tarea de la jurisdicción constitucional restablecerlo. Cuando lo hace, no solo se beneficia aquel cuyo derecho se vio vulnerado; es el Estado de Derecho el que gana en eficacia; es la vigencia de los derechos, más allá del caso particular la que está en juego. Los beneficios del fallo para todo el sistema institucional son evidentes, ya que cuando se quebranta el orden en esa parte, su restablecimiento no solo importa al directamente afectado, sino que tiene efectos sobre todos los titulares de esos derechos; es decir, respecto de todos. Ello es particularmente cierto en los momentos de mayor vulnerabilidad de los derechos, como ocurre típicamente en la vigencia de estados de excepción constitucional.

Por otra parte, pero muchas veces con ocasión de lo anterior, a la Jurisdicción Constitucional le corresponde desarrollar el texto constitucional, atribuyéndole un sentido y alcance concretos, un significado para la vigencia social, que vaya más allá y sea más explícito que el propio texto. Como se sabe, las normas constitucionales son generales y abstractas. Su aplicación no es nunca un ejercicio meramente mecánico, sino uno de interpretación que integra diversos factores históricos, sociales y fácticos. El resultado de tal interpretación implica completar el trabajo del Constituyente señalándole a los ciudadanos, en términos ahora muchos más precisos y concretos, cuáles son y cuáles no son los alcances de sus derechos constitucionales. No se trata que esa jurisprudencia resulte inamovible, toda vez que ello rigidizaría en exceso el orden; de lo que se trata es de que ella alcance una regularidad y sentido concordante tal, que la sociedad pueda, a raíz de ella, conocer mejor sus derechos fundamentales y sentirse más segura acerca de aquellos que efectivamente le amparan. A fin de cuentas, este tipo de jurisdicción incide en los niveles de confianza socialmente disponibles y en el catálogo efectivo de derechos ciudadanos.

Así concebida la jurisdicción constitucional, como productora de auténticos bienes públicos, resulta natural postular que ella debe ser financiada por el Estado para generar una provisión óptima de la misma. Igualmente, hay buenas razones no sólo para que el Estado intervenga proveyendo este bien, sino también produciéndolo directamente, a través de funcionarios públicos. Por lo pronto, no es posible pensar en órganos competitivos que pudieran asumirlo, ya que ello se traduciría en la existencia paralela y competitiva de órdenes constitucionales y jurídicos con sentidos y alcances diversos y en la posibilidad consiguiente para cada parte de elegir el estatuto jurídico que más le convenga.⁶⁰ Un estatuto jurídico único y común –especialmente en las normas fundamentales- es característica básica de un estado. Que tales normas sean generadas a través de representantes de los ciudadanos es, a su vez, requisito básico del sistema político que nos rige. Por último, como tales normas no tienen como único destinatario a los particulares, sino antes que nada persiguen someter la política al derecho, es necesario que un órgano independiente de las autoridades ejecutivas intervenga en su interpretación y aplicación, llámese Poder Judicial o Tribunal Constitucional.

Igualmente parece ser aconsejable reservar el ejercicio de la jurisdicción constitucional a un órgano judicial estatal ya que las decisiones deben ser tomadas por un

⁵⁹ Existen, por cierto, otros mecanismos –v.gr. la existencia de quorums especiales- para la protección de derechos constitucionales frente a la autoridad. Con todo, hay buenas razones para pensar que el control judicial es más eficiente. Es menos vulnerable a las fallas del mercado político.

⁶⁰ Asumiendo la jurisdicción constitucional la función de completar la labor del legislador, permitir la competencia en esta función generaría los mismos efectos que permitir la competencia en las labores normativas. Nada impide, con todo, que, como ocurre a nivel comercial, se pueda negociar el estatuto aplicable a un caso. Esa técnica es propia del derecho privado.

cuerpo pequeño, homogéneo y organizado jerárquicamente bajo una sola dirección común, para así alcanzar uniformidad en los criterios jurisprudenciales. Este órgano debe tener particular capacidad para comprender el carácter de bien público de esta jurisdicción. Es decir, comprender a cabalidad el natural efecto sobre terceros de sus decisiones, más allá de las partes que someten un asunto específico a su consideración.

Así concebida la jurisdicción constitucional, ella no podría ser confiada a cuerpos arbitrales ya que se trata de controlar actos que provienen de grupos poderosos y frecuentemente del propio Estado. Descansamos aquí no solo en el supuesto de que quien ejerza este tipo de jurisdicción ejerce soberanía, sino además de que el Poder Judicial es capaz de garantizar mejor que un cuerpo arbitral el ideal de un decisor imparcial cuando se enfrentan actores de tanto poder político.

A continuación revisaremos si es efectivo que, en la práctica, la jurisdicción de inaplicabilidad y la de protección en Chile coinciden con lo que hemos identificado como una jurisdicción constitucional; y, en consecuencia, si efectivamente producen los bienes públicos que hemos identificado como propios de ella.

La importancia de la cuestión resulta evidente. Si las funciones que efectivamente se despliegan y los bienes que se producen a través de la inaplicabilidad y de la protección no coinciden con aquellos que hemos caracterizado como jurisdicción constitucional, debiéramos sacar dos conclusiones: la primera y principal es acerca de las correcciones institucionales que cabría proponer para dotar al sistema chileno de una auténtica jurisdicción constitucional. La segunda consiste en preguntarse si aquella actividad que efectivamente se despliega a través de la inaplicabilidad y de la protección debe ser proveída, producida y financiada por el Estado y específicamente por el Poder Judicial o si cabe en esta materia exigir el pago de los costos a los litigantes; o, más aún, si cabe pensar en vías alternativas para que se hagan cargo de estas funciones.

En consecuencia, el presente apartado se abocará a revisar las funciones que efectivamente se despliegan a través de las vías de inaplicabilidad y protección, a compararlas con la naturaleza de aquellas que hemos denominado jurisdicción constitucional y a reflexionar acerca de los bienes públicos que efectivamente produce el ejercicio de la jurisdicción por estas dos vías. En este último aspecto, nos interesa particularmente responder si, a través de estas vías, los Tribunales han logrado desarrollar un significado concreto y previsible del texto constitucional, de modo que los órganos del Estado y la ciudadanía puedan estar en condiciones de conocer lo que la Constitución efectivamente les garantiza como derechos. En otras palabras, si la jurisprudencia ha logrado construir un verdadero orden constitucional.

1.1 El Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad

La Constitución Política del Estado, en el artículo 80, atribuye a la Corte Suprema el conocimiento y resolución, a través de la inaplicabilidad, de los conflictos de jerarquía entre normas legales y la Carta Constitucional. La acción o recurso de inaplicabilidad puede concebirse como una técnica que la Constitución instituye para resolver conflictos normativos de jerarquía que se suscitan en el sistema jurídico con la aplicación de normas a casos concretos. Si con motivo de un litigio, juicio o gestión la (o las) norma (s) legal (es) que un juez ha de aplicar para resolverla está (o están) en conflicto con otra (u otras) norma (s) pero de la Constitución, entonces la inaplicabilidad es la vía para suspender la obligación del juez de aplicar el derecho legislado, los preceptos legales, a casos. Ello quiere decir, naturalmente, que el derecho legislado es indisponible para el juez de fondo llamado a resolver disputas. Por intermedio de la inaplicabilidad se libera entonces a los jueces del

sometimiento al imperio de la ley.⁶¹ De ese modo, la Constitución concede a la Corte Suprema una especie de tutela de los derechos frente a preceptos legales que los lesionen. El Código Orgánico de Tribunales, por su parte, confiere al Pleno y no a las Salas de la Corte Suprema dicha función. En nuestro sistema jurídico el control constitucional de las normas y preceptos legales es asignado entonces al tribunal supremo judicial, opción que no es común ni pacífica en el derecho comparado.

La inaplicabilidad presenta en este sistema constitucional dos modalidades. En primer lugar está lo que denominaremos acción de inaplicabilidad, para referirnos a la hipótesis en que el propio Pleno de la Corte de oficio, en un asunto que esté conociendo, emita pronunciamiento de inaplicación para una gestión concreta, fundándose para ello en su inconstitucionalidad y sin que alguna de las partes, el juez que conoce del asunto, los fiscales o el ministerio público, se lo soliciten. Por la otra parte, la inaplicabilidad presenta otra modalidad llamada recurso, el que consiste en que "una de las partes" –cualquiera- solicita declaración de inaplicabilidad de un precepto legal al Pleno de la Corte Suprema para una gestión pendiente radicada ante "otro tribunal". Este recurso funciona en dos supuestos, a saber, (1) el actor o parte solicita la inaplicación por inconstitucionalidad de un precepto o norma legal ante la Corte Suprema, siempre que dicho precepto haya sido usado o pueda razonablemente ser usado por el juez del fondo para resolver el caso que tiene dentro de su competencia. La gestión, juicio o caso donde se aplicará dicho precepto debe estar radicada ante "otro tribunal", esto es, en un tribunal distinto del Pleno de la Corte Suprema; y (2) cuando un lesionado o potencial lesionado por la aplicación de una norma o precepto legal a un caso concreto le solicita el Pleno de la Corte que declare su inaplicación para una gestión o causa que conoce ella misma o una de sus salas.

Una declaración favorable de inconstitucionalidad no invalida el precepto legal o la ley tachada por el Pleno de la Corte Suprema, la que continúa siendo válida para todo el resto de las relaciones jurídicas.⁶² Así, el mandato de inaplicación contenido en la sentencia no provoca efectos sino para el caso en que se pronuncia, quedando el precepto vigente en todos los restantes supuestos y situaciones. En consecuencia, es una verdadera declaración de ineficacia parcial que obliga al juez a quo o a la propia Corte a no invocar esa disposición legal como fundamento de la decisión que resuelve el caso –que en otras circunstancias por imperativo del principio de legalidad le obliga.

Las dos circunstancias señaladas precedentemente: que el recurso sólo preceda cuando exista una causa judicial pendiente donde se pretenda aplicar la norma impugnada y que su resolución sólo tenga efectos en esa causa, permiten colegir que la institución está diseñada más en función de intereses privados que públicos. La inaplicabilidad tampoco provoca efectos de jurisprudencia o de precedente -en el sentido del *stare decisis*- pues ni el Pleno de la Corte ni los actores del sistema le dan valor a las consideraciones o razonamientos que permitieron arribar a una declaración de inconstitucionalidad,

⁶¹ En suma, por medio de la inaplicabilidad los titulares de derechos subjetivos público - constitucionales recurren hasta la Corte Suprema para que ésta se los resguarde frente al poder legislativo ordenándole a un juez la ineficacia circunstancial de una o varias normas legales.

⁶² La Corte se pronuncia afirmando la inaplicabilidad por inconstitucionalidad para una gestión o juicio, quedándole vedado, según ella misma, efectuar declaraciones abstractas y generales de inconstitucionalidad. Se trata, entonces, de una excepción de inconstitucionalidad. En consecuencia, y desde un punto de vista inverso, la Corte no ha de pronunciarse asertivamente sobre el carácter constitucional de un precepto o norma y por consiguiente no puede seleccionar el derecho aplicable por el juez ad quo a la resolución de un asunto. La Corte no afirma positivamente el carácter constitucional de una norma (a pesar de ello, en una ocasión afirmó la constitucionalidad y necesaria aplicación de un precepto a un caso).

provocando, con ello, inevitablemente discrecionalidad caso a caso y una pérdida de recursos y esfuerzos realizados, lo que, como veremos, se ha agudizado por la práctica.

Adicionalmente debe considerarse que, desde la perspectiva del impulso de la iniciativa para la revisión de la constitucionalidad de la ley o de las disposiciones legales, cabe advertir que ella está entregada exclusivamente al titular, sujeto o parte interesada del asunto de fondo que se tramita ante "otro tribunal". A ello cabe agregar, que la motivación para interponer un recurso proviene no de razones públicas o institucionales sino que está estrechamente vinculada al propósito o pretensión que anima la acción o juicio iniciado y la búsqueda de la satisfacción o tutela del interés privado que aparece supuestamente afectado. Así, la cuestión de la inaplicabilidad y por lo tanto la de la constitucionalidad de las normas o preceptos legales es un apéndice del asunto, litigio o conflicto privado que anima el pleito de fondo. Solo a raíz de él, de modo accesorio, llegará a ser revisada constitucionalmente una norma o precepto legal. La constitucionalidad de las normas es un asunto que no tiene autonomía pública. Esto último se ve confirmado en la medida que la acción de inaplicabilidad o inaplicabilidad de oficio ha operado en sólo dos ocasiones desde su incorporación a la constitución de 1925, demostrando, con ello, su escaso valor público como modalidad de control.

Por otra parte, en el debate constitucional que se provoca como consecuencia del recurso de inaplicabilidad no se divisa la intervención explícita de razones, intereses o puntos de vista públicos expuestos por órganos representativos del Estado o de la sociedad. El informe del Fiscal parece ser lo único que contradice lo afirmado. Sin embargo, este informe se ha convertido en un rito formal vacío y carente de sentido porque el Fiscal se empecina en solicitar la declaración de derogación tácita, mientras la Corte no ha seguido siempre esta doctrina, por lo que sus opiniones, limitadas fuertemente a este punto, no parecen impactar especialmente a la Corte desde la perspectiva del interés público. Es de destacar que están excluidos de intervenir actores que en otros sistemas son sumamente influyentes como los "amicus curiae" de la causa, algún defensor público o ministerio de esta clase con papel relevante y está excluido también el juez de fondo, llamado a conocer y resolver el caso, a quien ni siquiera se le consulta su parecer. Asimismo, están excluidos los restantes ciudadanos, una señal más de que la inaplicabilidad no funciona como acción pública.

También desde el punto de vista del procedimiento, cabe agregar que éste se encuentra concebido como un procedimiento privado análogo a los que existen para litigios en que no existe interés público; el impulso del caso es de parte; la constitucionalidad de las normas legales es disponible para ellas, desde que pueden abandonar su recurso, desistirse, suspender el procedimiento, alegar supuestos de inconstitucionalidad, quedando, como consecuencia de esto último, limitado el debate en el Pleno a los capítulos de inconstitucionalidad esgrimidos por las partes. En el procedimiento previsto no se contempla ningún espacio procesal para el debate público del problema de constitucionalidad que no sean los alegatos de parte, otro indicio que se asume como un asunto entre particulares. En consecuencia, solo pocos sujetos del sistema jurídico o político pueden iniciarla y muy pocos intervenir en una acción o recurso en marcha o en su debate.

Otro aspecto a considerar es que la inaplicabilidad en Chile no opera como un control abstracto de enunciados legales, sino como un control a interpretaciones o posibles significados de tales enunciados. Lo que se declara inaplicable por inconstitucional a un caso concreto, si bien formalmente es el enunciado legal, en realidad es la o las interpretaciones que es posible advertir de un enunciado, en función a la específica situación subjetiva o caso en que va a ser aplicada dicha interpretación o norma. Es más, como se verá, lo que revisa la Corte es la constitucionalidad de la interpretación que el solicitante hace del derecho a los

efectos del caso, ni siquiera la interpretación que hace o podría llegar a hacer el juez de la causa. Así, el recurso de inaplicabilidad funciona controlando constitucionalmente significados o interpretaciones de enunciados normativos que podrían ser aplicados a casos concretos. Ello pone en evidencia que las partes o los solicitantes de inaplicabilidad pueden movilizar la jurisdicción constitucional a propósito de sus opiniones legales y de sus aprehensiones, las que pueden ser sencillamente absurdas - como sucede en muchos casos - y si logran pasar algunas vallas formales menores obtendrán un fallo de constitucionalidad o inconstitucionalidad para sus pretensiones.

1.1.1 El Funcionamiento de la Inaplicabilidad

Para investigar el funcionamiento de la inaplicabilidad registramos, tabulamos y analizamos todas las causas de inaplicabilidad ingresadas y falladas en el período transcurrido entre los años 1990 y 1996, con algunas correcciones mínimas. Tales datos consisten tanto en flujos de ingresos de causas de inaplicación como los fallos pronunciados en esas mismas causas.⁶³

El total de ingresos durante estos 7 años es de 530 y el de causas terminadas es de 523.

El total de causas analizadas ha sido desagregado en función de diversos criterios: si hay o no suspensión de la causa principal (cuándo ésta se logra, que lapso de tiempo media entre el decreto que la otorga y el término, etc.), la materia sobre la que se interpone la acción, su forma de término (inadmisibilidad, rechazo, se acoge, archívese, etc.) y otros.

El examen de los contenidos de los fallos en que se acoge, rechaza o declara inadmisibles, tuvo por objeto especialmente revisar si era posible reconocer consistencia o inconsistencia, regularidad o irregularidad y construcción efectiva de un significado para el texto constitucional o carencia de ello.

a) Ingresos de Inaplicabilidad

El cuadro que sigue da cuenta de los ingresos de recursos de inaplicabilidad en el período que abarca el estudio. Las cifras ponen en evidencia la demanda numérica por tutela de la jurisdicción constitucional chilena. Si esta demanda depende de, al menos, dos factores, esto es, del número de ingresos y de la importancia o valor que el conflicto representa para las partes, no deja de ser notable la irregularidad e inconsistencia de los ingresos. El cuadro que sigue muestra que los ingresos son numéricamente irregulares, no advirtiéndose explicación racional - hechos del sistema judicial ni tampoco especiales circunstancias originadas en el propio recurso, vgr. cambios procesales que faciliten el ejercicio de la acción, mayor litigiosidad en el sistema, o rapidez de los fallos- acerca de por qué se evidencian abruptos aumentos de los ingresos como los que exhiben los años 1992 y 1995. Naturalmente, tampoco se advierte por qué en los años siguientes, esto es, 1993 y 1996 caen notoriamente los ingresos.

⁶³ Los datos de ingresos fueron recogidos de dos fuentes; la primera, del libro de ingresos que la Corte Suprema administra y la segunda de los datos entregados por el Presidente de la Corte en su discurso inaugural de marzo de cada año. Los datos de una y otra fuente no coinciden. De manera que hemos procedido con cautela. Las cifras referidas a fallos se han obtenido por una parte de todos los expedientes fallados por el Pleno de la Corte y ordenadamente guardados en los archivos de la propia Suprema (hemos revisado todos los expedientes) y, por la otra, de los datos entregados en los discursos inaugurales ya mencionados. Las cifras, nuevamente, no coinciden de modo que procedimos con igual cautela.

Cuadro N° 1
Ingresos de Recursos de Inaplicabilidad
1990 - 1996

INGRESADOS	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	TOTAL
ENERO	3	2	5	7	2	7	6	32
FEBRERO	0	3	0	0	2	0	1	6
MARZO	0	3	5	7	5	10	7	37
ABRIL	0	8	9	8	9	4	4	42
MAYO	0	3	1	7	5	43	2	61
JUNIO	1	1	24	7	8	1	5	47
JULIO	1	8	52	7	8	4	5	85
AGOSTO	1	2	28	3	2	10	1	47
SEPTIEMBRE	6	4	10	5	11	3	1	40
OCTUBRE	8	5	23	5	16	6	1	64
NOVIEMBRE	1	4	19	4	3	3	1	35
DICIEMBRE	4	7	6	2	10	4	1	34
TOTAL	25	50	182	62	81	95	35	530

La sola mirada de estas cifras indica la relativa irrelevancia numérica de la magnitud de presencia de esta figura. Dada la falta de trabas de ingreso para acceder a ella, las cantidades parecen mostrar la poca importancia que le atribuyen los actores del sistema judicial a su empleo.

b) Jurisdicciones desde las que proceden los ingresos

Como se puede advertir del cuadro que más abajo se expone, las causas que han sido falladas por la Corte en el período 90-96 provienen mayoritariamente de la jurisdicción civil. Mas del 70 % de los ingresos provienen de dicha jurisdicción. En orden numérico le sigue la jurisdicción constitucional de protección. Cabe agregar, con todo, que dada la última jurisprudencia de la Corte Suprema interponer un recurso de inaplicabilidad a partir de uno de protección es prácticamente imposible porque la Corte los declara inadmisibles.

Cuadro N° 2
Origen de los recursos⁶⁴

PROCEDENCIA	CANTIDAD
Civil	334
Penal	26
Militar	6
Protección	35
Ministro en Visita	5
Menores	4
Laboral	3
Electoral	4
Otro	58
TOTAL	475

⁶⁴

No se consideran 55 causas, cuyo origen no fue fichado, por diversos problemas.

Lo que es sorprendente del cuadro anterior es la escasa cantidad de recursos entablados en materias penales. Prácticamente no hay demanda de jurisdicción constitucional desde el proceso penal chileno. En todo el período estudiado, siete años, no hay ninguna acción o recurso de inaplicabilidad que haya sido acogido en esta materia. La explicación de ello se encuentra en razones de oportunidad. No resulta razonable suspender procesos penales, especialmente cuando los procesados están presos. Como se verá, la inaplicabilidad, para tener efectos reales, requiere paralizar el proceso principal, lo que hace que la institución prácticamente no sea empleada en causas penales.⁶⁵

c) Término de los recursos de inaplicabilidad.

El cuadro siguiente muestra el número de causas terminadas en cada uno de los meses de los siete años estudiados. La fuerte concentración de causas terminadas en meses determinados, 115 en Julio del 94, más de 100 entre enero y marzo del 96, nos permitieron presagiar que los modos de término tenían mucho más que ver con medidas de ordenar y enviar a archivar adoptadas por la autoridad judicial, que con la constancia en la dictación de fallos.

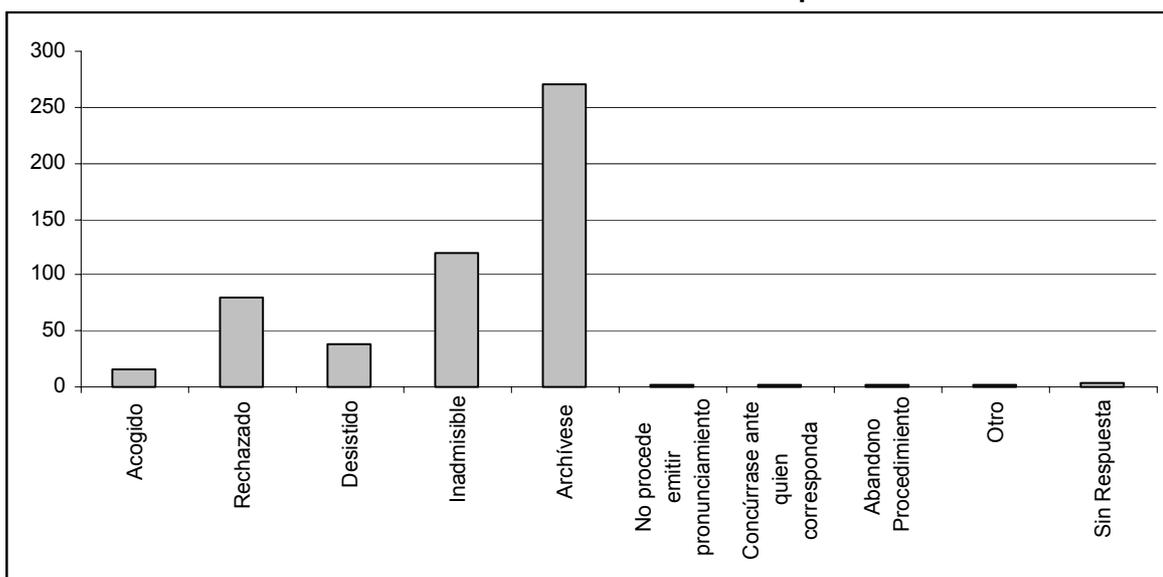
**Cuadro N° 3
Recursos resueltos
1990 - 1997**

RESUELTAS	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	TOTAL
Enero	1	1	2	2	3	3	48	6	66
Febrero	0	0	0	0	0	0	1	1	2
Marzo	0	1	1	0	3	12	63	2	82
Abril	0	0	5	4	2	1	11	0	23
Mayo	0	0	0	25	8	0	6	0	39
Junio	0	0	3	5	9	4	2	0	23
Julio	0	2	9	2	115	5	9	0	142
Agosto	2	0	4	4	4	7	5	0	26
Septiembre	1	1	5	28	7	3	5	0	50
Octubre	0	0	1	1	7	4	13	0	26
Noviembre	0	3	2	2	7	7	7	0	28
Diciembre	0	2	4	5	2	1	9	0	23
Total	4	10	36	78	167	47	179	9	530

⁶⁵ Del cuadro se advierte que en 7 años sólo se han entablado 26 recursos desde una jurisdicción penal, a los que hay que sumar 6 provenientes de la jurisdicción militar, lo que suma entonces 32. Si cruzamos este dato, la jurisdicción penal o militar desde la cual provienen determinados recursos, con el modo de término de esos recursos, nos encontramos con que la gran mayoría de estos casos penales no llegan a sentencia de rechazo o de acogimiento porque, sencillamente, cuando se va a resolver la solicitud de inaplicabilidad, la causa penal para la cual se solicita tal declaración ya se encuentra ejecutoriada. La gran mayoría de los asuntos penales terminan como inadmisibles. La explicación deriva de que la inaplicabilidad ha sido pensada casi exclusivamente como una técnica para materias civiles, comerciales u de otro tipo similar. Incluso más, la institución de la suspensión del proceso resulta muy difícil en materia penales, pues, como se comprende, con detenidos o procesados no es fácil suspender el proceso mientras se resuelve la inaplicabilidad. De este modo, cuando el recurso está en estado de ser conocido, entonces ya no es necesario porque la causa criminal está ejecutoriada.

El siguiente cuadro fija el modo de término de los 530 casos de inaplicabilidad que se han pronunciado en el período.

Gráfico 1
Forma de Término de los Recursos de Inaplicabilidad



Resulta sorprendente que más del 50% de las causas obtengan una resolución informal de “archivese por falta de movimiento”, la que, como es evidente, no es un modo de término de una causa judicial.

Hemos imaginado tres hipótesis para explicar este verdadero abandono del recurso de inaplicabilidad. La primera consiste en que, denegada la suspensión por el Tribunal, el solicitante supone que el fallo de la inaplicabilidad no logrará llegar a tiempo mientras avanza la causa principal, por lo que pierde interés en él y lo abandona. La segunda hipótesis es que el recurso sea usado para obtener la suspensión del procedimiento y así paralizar la acción de fondo. Una vez que tal cosa no se logra el solicitante pierde todo interés en el recurso. La tercera hipótesis es que la parte solicitante reciba la negación a suspender como una señal de muy baja probabilidad de que se acoja el recurso y abandone su prosecución por no prever posibilidades de éxito. Más allá de estas posibles razones, las cifras parecen muy expresivas. Más de la mitad de las inaplicabilidades que se interponen se abandonan en medio de su tramitación hasta que el Tribunal ordena archivarlas.

Como se ve, los fallos en que se acoge el recurso representan solo 6% del total. En cambio, la inadmisión representa el 46% del total de las formas de término. Las cifras que se exhiben, demuestran la dificultad de obtener un fallo favorable y la tendencia marcada de la Corte de despachar las causas de inaplicabilidad mediante resoluciones meramente procesales sin ir al fondo del problema.

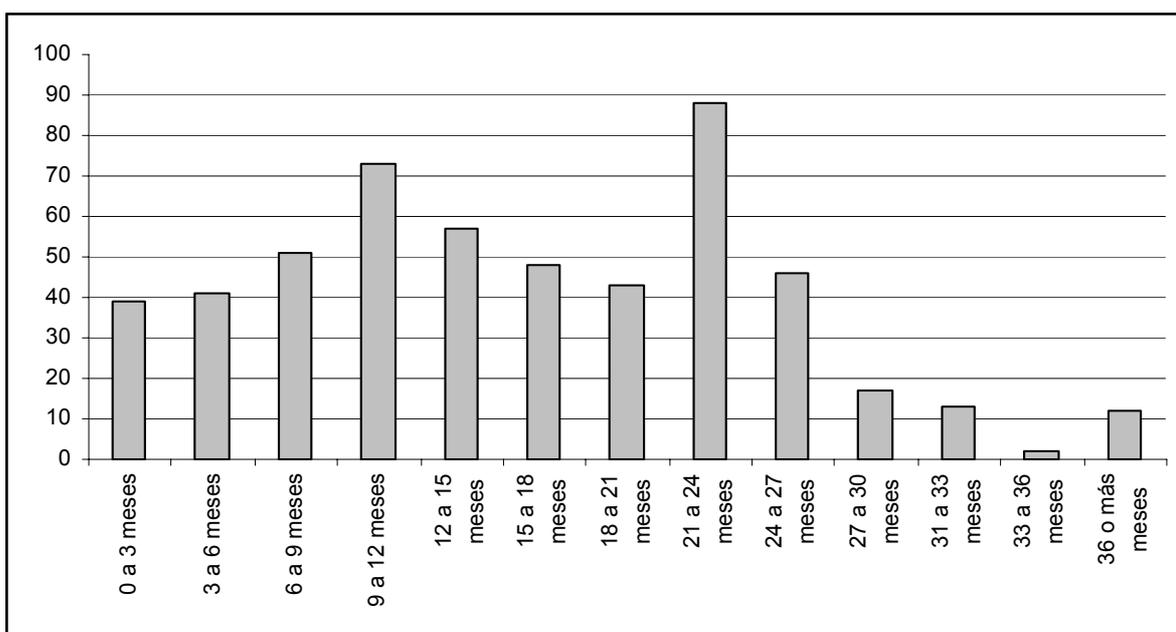
En efecto, si se suman las causas de inadmisión, de archívese y las desistidas, se obtiene un resultado apabullante en el sentido de la falta de fallos propiamente jurisdiccionales o que puedan generar una práctica constitucional.

Ahora bien, si cruzamos la procedencia jurisdiccional de los recursos de inaplicabilidad con su modalidad de término, debe consignarse que de los 15 recursos acogidos 9 constituyen un pronunciamiento favorable a la inconstitucionalidad del decreto Ley 2695 y vienen de la jurisdicción civil, 3 casos provienen del recurso de protección y otros 3 de la jurisdicción civil pero de otras acciones distintas de las del 2695. No deja de ser notable que los tres casos de Protección sean todos diferentes y que hoy la Corte se niegue a declarar admisibles los recursos en esa materia.

d) Duración del recurso de inaplicabilidad

La demora en resolver los recursos de inaplicabilidad es un factor importante de considerar. ¿Qué demora es dable esperar si se usa el recurso de inaplicabilidad? El gráfico siguiente muestra la demora en meses desde que el recurso ingresó en la Corte Suprema hasta su término. Indica que más de un 61% de los recursos tardan más de un año.

Gráfico 2
Duración de los recursos de inaplicabilidad



El siguiente cuadro pone en evidencia las demoras internas del recurso de inaplicabilidad en función de dos factores: el tiempo de demora medido trimestralmente y la modalidad de término del recurso. De ello se advierte que los recursos acogidos quedan afinados, en general, entre 9 y 15 meses, y que, en cambio, el resto de los recursos se demora más. Este dato es particularmente revelador porque, como hemos dicho, la demanda por tutela de la jurisdicción constitucional está influida, entre otras razones, por la esperanza de éxito oportuna.

Cuadro N° 4
Duración de la tramitación del recurso de inaplicabilidad según forma de término

Meses	0-3	3-6	6-9	9-12	12-15	15-18	18-21	21-24	24-27	27-30	30-33	33-36	Más	Total
Rechazado	0	8	13	15	14	4	5	4	7	8	2	0	0	80
Desistido	5	14	4	0	2	1	1	0	7	3	1	0	1	39
Inadmisible	29	15	7	10	12	17	8	4	7	3	2	1	4	119
Archívese	2	3	26	44	21	24	28	80	24	3	8	1	6	270
Acogido	0	0	0	4	7	1	1	0	1	0	0	0	1	15
No procede pronunc.	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Ocúrrase ante otro	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Abandono proc.	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	1
Otro	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Sin resp.	1	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3
Total	39	41	51	73	57	48	43	88	46	17	13	2	12	530

Para acreditar la importancia de la suspensión de la causa principal en la duración y en la frecuencia de abandono de los recursos de inaplicabilidad, procedimos a cruzar este factor con las formas de término. Los resultados se muestran en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 5
Suspensión del procedimiento según formas de termino (en porcentajes)

MOTIVO DE TÉRMINO	Suspende	No suspende	TOTAL
Rechazo	4%	11%	15%
Desistido	2%	6%	7%
Inadmisible	4%	18%	22%
Archívese	1%	50%	51%
Acogido	2%	1%	3%
No procede Pronunciamento	0%	0%	0%
Concúrrase ante quien corresponda	0%	0%	0%
Abandono Procedimiento	0%	0%	0%
Otro	0%	0%	0%
Sin Respuesta	0%	0%	1%
Total	12%	88%	100%

Cabe destacar, en primer lugar, que un 75% de las causas rechazadas no habían sido previamente suspendidas, mientras que más de la mitad de las acogidas si habían sido suspendidas antes. Tendrían razón entonces las partes para suponer que la suspensión constituye un antecedente importante para predecir el resultado.

Aún más significativo resulta constatar que 8 de las 63 causas en que se ordenó la suspensión terminaron por acogerse, lo que indica que una de cada ocho causas que se suspenden son acogidas. En tanto, solo 7 de las 467 en que no se suspendió la causa, fueron acogidas, lo que representa una de cada 66 causas.

Las cifras muestran la estrechísima relación entre suspensión y resultado. Más allá de las tres hipótesis ya expuestas - el recurso es usado para suspender, la suspensión es un buen predictor y desincentiva seguir si no se acoge o la pérdida de esperanza de llegar a tiempo con

el fallo si no se suspende la causa principal- el hecho cierto es que ningún análisis acerca de la institución de la inaplicabilidad debiera omitir considerar este factor central.⁶⁶

Por último, como se verá, la ausencia de causas de inaplicabilidad penales (hay que tener presente, como se dijo, que el promedio de duración de la inaplicabilidad conspira contra la interposición desde la jurisdicción penal de este tipo de acciones) podría tener su explicación entre otras razones en que resulta sencillamente imposible obtener la suspensión del procedimiento en una causa penal (atenta en contra del debido proceso) y muchos menos si hay alguna medida restrictiva o privativa de derechos vigente en el proceso.

e) Materias que se conocen por medio de inaplicabilidad

Como se advierte del cuadro siguiente, desde el punto de vista de los ingresos, la inaplicabilidad está bastante concentrada en la constitucionalidad de dos cuerpos legales, el Decreto Ley 2.695 (regularización de propiedad raíz) y el D.F.L. 252 de 1960 (...), los que acumulan casi la mitad de ellos ingresos.

Cuadro N° 6
Formas de Término de las Causas de Inaplicabilidad, según Materias

Materias	Sentencias acogen o rechazan	Inadmisibles	Otras formas de término	Sin respuesta	Total
Ley 1.769	0	3	5	0	8
Ley 19.260	1	2	6	0	9
Ley 19.133	2	0	9	0	11
Ley 18.196	4	2	7	0	13
Ley 18.525	21	0	0	0	21
Ley 18.700	0	10	29	0	39
D.F.L. 252	2	1	103	0	106
D.L.2.695	15	48	67	1	131
Otros preceptos (75)	26	42	57	0	125
No especificado	24	11	30	2	67
Total	95	119	313	3	530

1.1.2 ¿Producen bienes públicos los fallos de inaplicabilidad estudiados?

Desde una perspectiva legal, la acción de inaplicabilidad, en un sistema jurídico bien ordenado, debe cumplir las siguientes funciones: a) resolver el problema de la supremacía constitucional, determinando la validez y pertenencia de las normas al sistema, fijando los límites al ámbito de la política o, más específicamente a las decisiones políticas que se expresan en normas de rango legal. Inevitablemente para que no haya decisiones irracionales se requiere que esto se haga de modo estable; b) si las constituciones establecen derechos y los derechos –por definición teórica y dogmática- constituyen un límite

⁶⁶ No nos fue posible advertir ningún criterio público que permita predecir con algún grado de certeza y de anticipación los factores jurídicos que impulsan a la Corte a resolver favorablemente una solicitud de suspensión del procedimiento. Es muy probable, pero es una especulación, que esa decisión - que es clave, por lo demás, para el objetivo de obtener un pronunciamiento favorable- este influida por factores circunstanciales, del que no cabe descartar que la Corte Suprema maneja la cantidad de materias de inaplicabilidad que debe conocer y fallar por medio de este expediente. Esto es, que la Corte, consciente del papel que cumple la negativa a otorgar suspensión del procedimiento, administre el número y materias de que conoce por medio de este expediente, constituyéndolo en una especie de mecanismo de admisión, respecto del que no debe de dar razones.

al poder político o a las decisiones colectivas o mayoritarias⁶⁷, entonces la justicia constitucional y la inaplicabilidad debieran proteger este tipo de intereses individuales frente a las decisiones del legislativo con características de generalidad análogas a la propia constitución, esto es, protegerlos con integridad y coherencia (lo que puede ser evaluado). c) La Constitución, debido a su estructura en general abierta se nos presenta como un punto de articulación entre política, moral y derecho. La existencia y papel de una constitución no deriva exclusivamente de ser antecedente formal de las decisiones de los jueces - a pesar de que los jueces tienden a hacernos creer que sus decisiones se basan solo en razones de autoridad -. Si los jueces quieren justificar sus decisiones constitucionales, inevitablemente deberán buscar razones que vayan más allá de las puras cuestiones de validez, y por ello deberán apoyarse y desentrañar o fijar el sentido de principios morales, jurídicos y también de mérito relativamente abiertos a la argumentación. Para que esto no sea el imperio del puro decisionismo –la justicia del Cadi, de que habla Weber - tales decisiones y argumentaciones deben formar una práctica constitucional que disminuya la complejidad social, aumente la estabilidad e incremente la unidad de todo el sistema de decisiones.

Como se ve, tales fines sólo pueden cumplirse en la medida que exista una jurisdicción previsible y coherente en el tiempo. Sólo así ella puede constituir un auténtico bien público, al proveer información a la generalidad de la comunidad sobre el sentido y alcance de las normas que la rigen y los derechos que la asisten. Para que ello ocurriese, los jueces, al resolver un recurso de inaplicabilidad interpuesto a partir de un caso específico que interesa a dos partes, debieran elaborar una resolución que los demás miembros de la comunidad, que eventualmente pueden verse involucrados en una situación similar, entendieran como generalmente aplicable.

Para estudiar la práctica de la Corte⁶⁸ vamos a circunscribir nuestro trabajo solo a los pronunciamientos sobre constitucionalidad del DL 2.695. Justificamos esta elección, en primer lugar, porque este tipo de causas constituyen una cuarta parte de las ingresadas y terminadas en materia de inaplicabilidad en el período estudiado. Su relevancia es aún mayor si consideramos solo las causas acogidas, rechazadas o declaradas inadmisibles, de las que representan algo menos de un tercio.⁶⁹

Del gráfico y cuadro que siguen sobre las materias en las que inciden las decisiones de inaplicabilidad pronunciadas por la Corte Suprema en los últimos siete años se advierte que la Corte acogió en nueve ocasiones y en 6 lo rechazó. En los restantes, en 48 casos lo

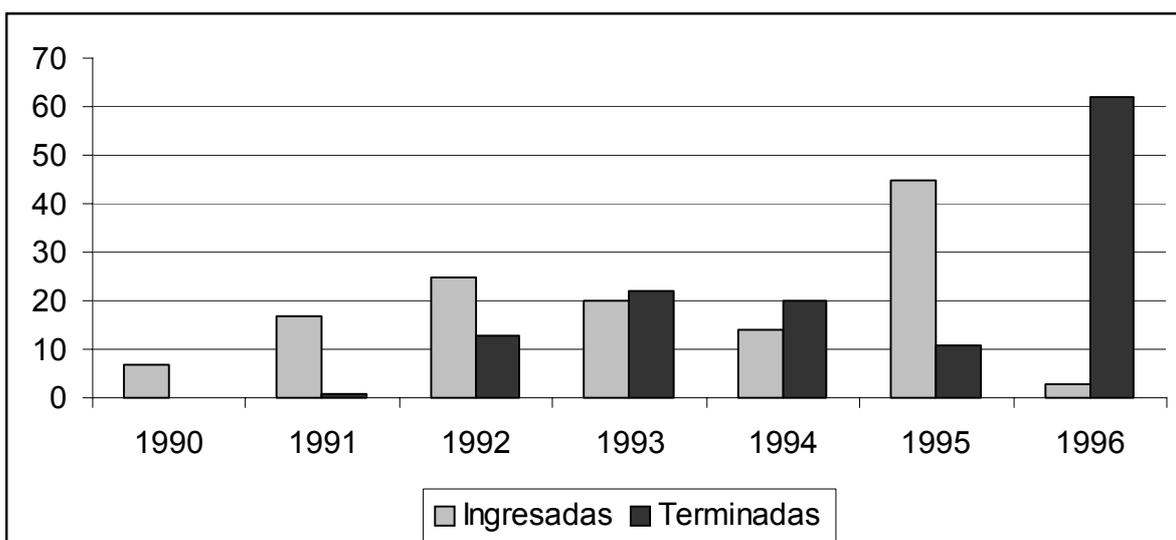
⁶⁷ Los derechos fundamentales también pueden ser concebidos como directrices (en el sentido de Alexy); pero ello no invalida el argumento que en el texto se despliega.

⁶⁸ Se hace necesario distinguir entre regularidad y práctica. En síntesis, la diferencia estriba en que la “regularidad” consiste en resolver un cierto asunto uniformemente; en mantener, frente a un asunto, una misma respuesta institucional. En cambio, la práctica se refiere a resolver todos los asuntos similares conforme a las mismas razones. Mientras la regularidad es una repetición, la práctica es una uniformidad razonada, lo que constituye propiamente un precedente.

⁶⁹ Si bien los fallos que acogen o rechazan recursos relativos al D.L. 2.695 apenas se empujan por sobre el 15% del total de ellos, no es menos cierto que el D.L. representa 9 de los 15 fallos acogidos en el período. La circunstancia que mejor justifica la selección se encuentra en que los restantes preceptos que suman cifras significativas de las interpuestas no podrían constituir una muestra relevante. En efecto, la impugnación al D.F.L. 252 de 1960, que representa un quinto de las causas terminadas, constituyeron todas un mismo caso de impugnación, el que, por lo demás, no se resolvió por sentencia. De igual modo, la impugnación a la ley 18.525, que reúne 21 de las 95 sentencias que acogen o rechazan dictadas en el período, se refieren todas a un mismo caso y fueron todas resueltas en un mismo día.

declaró inadmisibile y en 64 ordenó el archivo de los antecedentes. El recurso fue intentado en 131 casos y los fallos corresponden –también– al mismo número.

Gráfico 3
Causas Ingresadas y Terminadas Referidas al D.L. 2.695



Cuadro N° 7
Forma de Término de las Causas Referidas al D.L. 2.695

Forma de Término	Total
Acogida	9
Rechazada	6
Desistida	2
Inadmisibles	48
Archívese	64
No procede pronunciarse	1
No resuelta en el período	1
Total	131

Para responder a la interrogante de si la Corte Suprema mantiene alguna práctica en sus fallos de inaplicabilidad y si desarrolla los derechos fundamentales y argumenta construyendo un tramado constitucional detallaremos la evolución de las decisiones y los fundamentos más importantes del D.L. 2695.

En la primera decisión sobre la cuestión de la constitucionalidad del DL 2695, en el año 92 (rol 16.622, Duhart A., Juan Carlos, 28,01,92), se trataba de un predio de 280 hectáreas que fue regularizado por medio del DL 2695. El solicitante declara que adquirió el

predio por herencia intestada de su padre y que efectuó las inscripciones especiales de herencia. El tercero inscribió la propiedad arguyendo una posesión ficta de cinco años y luego de la regularización la vendió a un tercero, transfiriéndola por escritura pública y efectuando la nueva inscripción. Se arguye por el solicitante que el regularizador vendió más derechos que los que tenía y que hay objeto ilícito en ello. La decisión es de inadmisibilidad puesto que, en este caso, la Corte observa un intento de revisar la aplicación de normas que produjeron todos sus efectos y la “consiguiente anulación de las situaciones o efectos jurídicos que se originaron y consolidaron en virtud de tal aplicación”. La acción correcta sería, en realidad, una de nulidad del título y el titular de la inscripción actual ni siquiera es parte en el juicio de fondo. Hay voto de minoría que sostiene, en síntesis, que para el recurso de inaplicabilidad basta la solicitud y la contradicción sin que sea correcto pronunciarse sobre el fondo de la acción, lo que corresponde al juez de la instancia.

Unos meses después, la tesis de minoría gana adeptos. La Corte cambia de idea y se pronuncia favorablemente sobre la contradicción normativa sin entrar al fondo de la acción entablada en primera instancia (Puga G., Juan Alfonso, 10.04.92). Ahora desde un juicio ordinario, se solicita la nulidad de la inscripción de dominio de un predio. El demandante lo adquirió por herencia, posesión efectiva e inscripción. La actual poseedora usó el DL 2695. Las razones que la Corte tiene para acoger el recurso se refieren al tipo de contradicción normativa (D.L. - Constitución) y no a razones relativas al caso para el que se efectúa la solicitud. Este D.L. es inconstitucional, sostienen los Ministros, porque transgrede el artículo 19 número 24 incisos 1, 2, y 3, lesionando el derecho de propiedad, la reserva de ley y expropiando sin cumplir con las exigencias que fija la Carta. Es inconstitucional porque una persona por simple posesión material, más cinco años y una resolución administrativa que la establece, “hace perder la propiedad de un bien raíz legalmente inscrito en el Conservador de Bienes Raíces”. Las normas del Código Civil relativas al dominio y a la posesión, artículos 582 y siguientes. y 700 y siguientes, integrarían la Constitución y ésta las garantizaría. Hay un extenso voto de minoría en el que se indica que, en primer lugar, la inaplicabilidad solo procede respecto de preceptos y no de cuerpos legales, agregando luego, que la tesis que sostiene el voto mayoritario lesiona la separación de poderes; en segundo lugar, se enfatiza que hay derogación tácita de modo que no cabría efectuar pronunciamiento alguno; y que, en tercer lugar, no cabe revisar el conflicto entre dos normas legales sino exclusivamente de una de éstas con la Constitución; por último, se sostiene que se atenta contra situaciones adquiridas. El D. L. satisface las exigencias del 19 número 24 inciso segundo, pues es una ley (nada se dice respecto de si el DL es expropiante o no).

Unos días después esta mayoría tiende a consolidarse y se dictan tres fallos exactamente iguales (roles 16.0492, Cardone La Roza, Héctor, del 24.04.92, además los roles 16.948 y 16.949, se trata de la misma acción en la instancia y de los mismos solicitantes).

Casi cinco meses después, la Corte Suprema vuelve a cambiar de criterio sobre este problema. Ahora va a declarar inadmisibile el recurso. Esta vez se trata de una acción de nulidad de la inscripción originada en un proceso de saneamiento (rol 17.875, Cuevas Chacón, Marcelo, del 16.09.92). Si bien los solicitantes habían obtenido auto de posesión efectiva a su favor, no alcanzaron a inscribir porque ya estaba la propiedad inscrita a nombre del beneficiario. En esta ocasión, en un fallo bastante reducido la Corte esgrime, ahora como criterio mayoritario, el que no cabe la acción de inaplicabilidad contra una ley globalmente

considerada. No hay ningún comentario sobre la situación fáctica ni de qué modo el caso ilumina la sentencia. Tampoco se refiere a los casos anteriores en que acogió la acción.⁷⁰

Sorpresivamente un mes después del último fallo en que sostuviera la tesis anterior, en mayo de 1993, la Corte vuelve sobre sus pasos. En efecto, las siguientes seis causas fueron falladas el mismo día y todas acogiendo el recurso (causas roles 18.767, 18728, 18766, 18768 y 18729, todas resueltas el 19.05.93 y provenientes de un juicio de reivindicación de inmueble. Todos los arrendatarios regularizaron en su favor un inmueble que constaba de varios espacios o piezas donde vivían. Al parecer se aprovecharon de que la dueña había fallecido y los herederos estaban fuera del país. La solicitud de inaplicabilidad se refiere a todo el D.L. y también a varios de los artículos del mismo (2, 4, 15, 16, 26 y 29). El fallo acoge todos los recursos de inaplicabilidad y la argumentación es puramente abstracta: se afirma que todas las normas del DL son inconstitucionales pero en particular las que el solicitante objeta. La Corte argumentó que las normas del D.L. declaradas inconstitucionales abrogan las normas sobre la posesión y el dominio del Código Civil, suprimiendo la garantía de la posesión inscrita que constituye presunción de dominio “y que es la base de la actual organización social y económica del país”. Luego repite todos los argumentos del caso Cardone –que ya hemos descrito- agregando, luego, que esta argumentación de inconstitucionalidad alcanza a todo el DL y que no existe ningún obstáculo para que se haya solicitado y declarado la inconstitucionalidad global del DL. 2.695. Hay un voto de minoría que repite la argumentación contraria que ya hemos referido.

Exactamente 7 días después, la Corte vuelve a dar un giro completo en esta materia. Ahora, (rol 18.506 de fecha 26.05.93) y ante una solicitud –igual que la anterior- referida tanto al Decreto Ley como de algunos de sus artículos, proveniente de una acción ordinaria de nulidad de inscripción de dominio. Se trataba básicamente de un promitente comprador que por diversas causas, no obstante haber pagado el precio total, no había logrado inscribir la propiedad a su nombre. Entonces la regularizó. El anterior poseedor inscrito reclama la inconstitucionalidad del DL. El alto tribunal declara inadmisibile el recurso y esta vez el argumento es uno de aquellos que va a repetirse con generosa habitualidad. El recurso es declarado inadmisibile porque lo que solicita aquí es invalidar una situación o derecho incorporado al patrimonio de una persona. El o los preceptos tuvieron su aplicación y crearon la situación para la que esas normas fueron instauradas. Si se acogiera se perdería la seguridad en los derechos. En suma, en el juicio no está en discusión la constitución de un derecho sino los efectos o consecuencias de las que se crearon.

De aquí en adelante, desde mayo de 1993, la Corte no ha vuelto a acoger una de estas inconstitucionalidades, ya sea de la totalidad o de algún precepto preciso del DL 2695. Normalmente las ha declarado inadmisibles sin llegar a pronunciarse sobre el fondo. Incluso los “sin lugar” o los “se rechaza” son más bien escasos. Los argumentos más importantes – que ya hemos indicado- que se esgrimen en la inadmisión, son los siguientes: (1) la acción de inaplicabilidad no incide en el fondo de la causa para la cual se solicita aquel pronunciamiento por defectos en la acción, en la titularidad u otros similares (en las causas roles 16.624, 19245, 20550, 23.113, 23.923); (2) por atentar contra derechos adquiridos e ingresados en el patrimonio (15.957, 18.981, 20.180, 18.834, 18.207, 20.038, 19.804, 19.847, 20.430, 20.360, 29.219, 21.210, 17.534, 20.208, 20.367, 20.939, 22.414, 20.025,

⁷⁰ En el mismo sentido se pronuncian los siguientes fallos: del 16.09.92, causa rol 17.143, Torres Escobar, Mirna; del 2.12.92, causa rol 18.131, Allemand Pino, Mireya; del 29.01.93, causa rol 17.699, Vargas González, Sergio y otro; del 13.04.93, causa rol 15.902, Dimter Brandau, Augusta; del 23.04.93, causa rol 18.540, Díaz Martínez, Eliana; del 23.04.93, causa rol 18.206, Saenz Díaz, Rodrigo; del 23.04.93, causa rol 18.204.

23.317, 23.391, 1479, 23.551); (3) trátase de una impugnación de una ley globalmente considerada o no precisa con detalle las razones de la contradicción constitucional (17.055, 18.742, 20.684, 21.926, 19.777 y 18.205). Estos fallos de inadmisión fueron dictados para situaciones o acciones muy diversas pero casi todas circunscritas a acciones reivindicatorias del dominio, oposiciones a regularizaciones en marcha, y nulidades de inscripciones.⁷¹

En conclusión, en el caso del DL 2695 la Corte ha esgrimido consideraciones abstractas enteramente contradictorias, que en unos casos conducen al rechazo y en otros a acoger la acción. Así, en los casos que acoge ha sostenido que el DL transgrede la Constitución porque la teoría de la posesión inscrita se integra a la Constitución y el legislador, al dictar el D.L. 2695, instauró un proceso de despojo del dominio. En cambio cuando ha rechazado esta interpretación ha sostenido que el D.L. 2.695 está en perfecta armonía con el artículo 19 número 24, en particular con el inciso segundo, y que la teoría de la posesión inscrita no es parte de la Constitución. Entre estas dos interpretaciones, la Corte no logra, por una parte persuadir de su corrección ni menos solucionar la demanda social sobre la materia.

1.2 El Recurso de Protección

1.2.1 Características del recurso

El llamado recurso de protección consiste en una acción, establecida en el propio texto constitucional, que tiene por objeto restablecer el imperio del derecho y dar la debida protección al ofendido cuando aquel se ve quebrantado por actos u omisiones arbitrarios o ilegales que perturban, privan o amenazan el legítimo ejercicio de algunos de los derechos garantizados en la misma Constitución Política del Estado. Con la excepción del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el que tiene un tratamiento especial y más exigente para la procedencia de esta acción, la regla general es que el recurso pueda utilizarse para el amparo de los llamados derechos civiles y políticos, excluyendo los de contenido económico, social y cultural.

En consecuencia, el vínculo del instituto que pasamos a analizar con la jurisdicción constitucional que nos ocupa resulta, en principio, evidente, ya que su objetivo y finalidad

⁷¹ Hay unos pocos casos de rechazo. Justamente en uno de los últimos en los que se rechaza la acción entrando al fondo del problema la Corte vuelve a sintetizar, en fallo de mayoría, sus criterios sobre esta materia. En (rol 23.551, Maderas Prensadas Cholguán, del 26.01.96) una acción de oposición a la inscripción de dominio, se intenta el recurso de inaplicabilidad contra algunos artículos del DL 2695 (art. 1, 4, 15, y 16). El caso no tiene nada diferente a otros que se han presentado: el solicitante dice ser dueño porque era poseedor inscrito de una propiedad y que la demandada solicitó sanear. La Corte formula entonces su concepción general acerca de este problema. Los argumentos son los siguientes: que el inciso segundo dice “solo la ley” y es la ley la que, a través del 2.695, “contiene precisamente un conjunto armónico de disposiciones especiales encaminadas a regularizar o sanear el dominio de la pequeña propiedad raíz”. Que esta norma se refiere a situaciones especiales a las que no cabe aplicar la teoría de la posesión inscrita (según la cual, la inscripción es prueba, requisito y garantía de la posesión, conforme fluye de los artículos 686, 696, 702, 724, 728 y 730 del Código Civil), teoría que no tiene rango constitucional. Que según el 2.695, el que adquiere tiene posesión regular y adquiere por prescripción adquisitiva, “no constituye obstáculo la circunstancia de que existan inscripciones anteriores sobre el mismo inmueble”. Esta modalidad de adquirir el dominio de ciertos bienes raíces resulta acorde con lo propuesto en el artículo 19 número 24 inciso segundo, “en cuanto por dicha norma se entrega a la ley el establecimiento de los modos de adquirir la propiedad de los bienes corporales e incorporales, de lo que se sigue que su aplicación no puede llegar a constituir una forma de despojo o privación del dominio”, sino por el contrario plenamente en “armonía” con la Constitución y la normativa legal.

expresos han sido precisamente los de amparar al titular de alguno de los derechos constitucionales, cuando por actos u omisiones arbitrarios o ilegales se ve amenazado, perturbado o privado en su legítimo ejercicio.

Distintos estudios han pretendido encontrar antecedentes de esta acción constitucional en otros institutos del derecho comparado, particularmente en el amparo mexicano. (Soto Kloss, 1982, Paillás, 1990) Su incorporación al derecho nacional se remonta al Acta Constitucional N° 3, vigente desde el año 1976.⁷²

En sus orígenes se le vinculó especialmente con el control de la acción de los órganos del Estado, particularmente débil en la tradición jurídica chilena luego que los Tribunales interpretaran que la Constitución de 1925 no les otorgaba jurisdicción para conocer de las causas contencioso administrativas mientras no se crearan Tribunales especializados para ello: "...paliar la indefensión del ciudadano frente a la ilegalidad del actuar administrativo del Estado fue el motivo principal de ir a la creación de este remedio ágil, pronto y eficaz, tratando de sobrepasar o superar esa denegación de justicia que los Tribunales Ordinarios habían adoptado frente al contencioso-administrativo." (Soto Kloss, 1982, P.402). No obstante esta finalidad, lo cierto es que la acción de protección no sólo procede cuando el acto arbitrario o ilegal que se alega proviene de la administración, sino también cuando viene de un particular.

Si se compara la acción de protección con otras vías procesales que existen para el amparo de derechos, salta a la vista que ella constituye una alternativa bastante más simple y desformalizada en su interposición, así como una vía ostensiblemente más rápida. Es conocida directamente por una Corte de Apelaciones, quien tiene facultades amplias y genéricas para procurar el restablecimiento del derecho, incluyendo, desde luego, la invalidación del acto estimado ilegal o arbitrario y todas las demás que la Corte estime pertinentes a fin de evitar que se expandan las consecuencias del acto que ha quedado calificado de ese modo.

Todas las características recién anotadas han llevado a que el crecimiento en el uso de este recurso haya sido vertiginoso y progresivo. Desgraciadamente, las cifras de ingreso de causas que publica el Instituto Nacional de Estadísticas incluyen errores manifiestos que impiden confiar en ellas en el análisis detallado.⁷³ Por su parte, la base de datos de la Facultad de Derecho de la U. Diego Portales, consistente en todos los fallos de protección dictados por la Corte de Santiago en los años 90 a 95, ambos inclusive, indica que el número de recursos resueltos creció de 706 en 1990 a 1197 en 1995; esto es, en más de un 50%.

El impacto de esta novel figura en el panorama judicial chileno resulta evidente. En cuestiones culturales, se ha constituido en el mecanismo para producir el equilibrio entre libertad de expresión y censura: hemos presenciado como a través de esta acción, los chilenos nos vemos impedidos de ver ciertas películas (La última tentación de Cristo, que fue prohibida en fallo de protección), leer ciertos libros (Impunidad Diplomática, que fue prohibido de circular en Chile en un fallo de protección) o ver determinados programas de televisión

⁷² Aunque uno de los principales ideólogos y promotores de la figura nos recuerda que la primera vez que una idea así se presentó al debate parlamentario fue en 1972 (Soto Kloss, 1982).

⁷³ Lo que nos llevó a descartar el uso de las estadísticas publicadas por el Instituto Nacional de Estadísticas es que en ellas figura un ingreso de 27.831 recursos de protección en 1994, contra 2.132 en 1995. En el primero de los años, no figura ingresando a la Corte de Santiago ninguna causa de este especie, mientras en San Miguel habrían ingresado 26.307, lo que implicaría algo así como un 95% del total del país. Tampoco parece posible que en 1995 hayan ingresado menos de un tercio de recursos de protección en la Corte de Santiago que en la de Valparaíso. Esto es solo una muestra de lo poco confiables que resultan estos datos.

(Fue prohibida la exhibición de uno de los episodios de "Mea Culpa" de Televisión Nacional). Múltiples decisiones económicas de trascendencia han sido detenidas por esta vía de protección, por estimarse que afectan el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (el proyecto Trillium es tal vez el más conocido). Ciertas políticas públicas, como la instalación de vertederos de basura han sido muchas veces impugnadas por esta vía. Hasta discusiones que acostumbrábamos a tener en otros foros han llegado al judicial por la vía de la protección, habiendo tenido los jueces que resolver incluso si las autoridades escolares pueden o no regular el largo del pelo de los educandos de sus respectivos establecimientos. Se puede decir que los chilenos, no solo los abogados, nos hemos ido sorprendiendo y luego acostumbrando a que se recurra mucho más a los Tribunales de Justicia para resolver asuntos de trascendencia para nuestra convivencia, a través de esta acción constitucional. La publicidad de estas y otras causas análogas ha situado al Poder Judicial en el centro de muchos debates de interés público, de los que se encontraba ajeno. Esta "juridificación progresiva" de todos los aspectos de la vida social, parece, atendida la experiencia comparada, inevitable.

El vertiginoso crecimiento en el uso de esta vía ha ido acompañado de un notable impacto en diversas áreas del derecho, lo que ha sido reconocido por sus respectivos especialistas. A vía de ejemplo, se habla con frecuencia de la "constitucionalización del derecho civil", para aludir a la enorme influencia que el derecho constitucional, fundamentalmente a través de la acción de protección ha producido en la rama del derecho privado con mayor tradición y doctrina en el país⁷⁴.

Los datos que hemos procesado, consistentes en todos los fallos emanados de la Corte de Santiago en el período 90-95, indican que de un total de 5.312 causas terminadas en el sexenio solo un 12% de los recursos de protección fueron acogidas, 51% fueron rechazados, 30% declarados inadmisibles, 7% desistidos y menos de un 1% terminados por otras vías. Si bien, como indica el cuadro siguiente, el número de causas acogidas no crece en igual proporción de las rechazadas e inadmisibles, el uso del recurso no ha mermado.

Cuadro Nº 8
Forma de Término de las Protecciones en la Corte de Santiago

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	TOTAL
Acogidos	78	75	92	180	116	91	632
Rechazados	350	378	434	683	492	371	2.708
Inadmisibles	154	102	190	341	277	508	1.572
Desistidos	64	51	61	91	64	63	394
Otros	0	1	1	0	2	2	6
TOTAL	646	607	778	1.295	951	1.035	5.312

Salta a la vista el aumento de los recursos terminados por una declaración de inadmisibilidad, los que pasan de ser un 24% del total de los terminados en el año 1990, a constituir un 49% en 1995.

A primera vista entonces, la acción de protección ha implicado abrir un foro creciente de justicia constitucional, la que ha tenido un notable impacto en la vida social, política, económica y cultural del país y en las restantes ramas del derecho.

La pregunta es si efectivamente esta vía ha implicado e implica el ejercicio de una jurisdicción propiamente constitucional, capaz de proveer al sistema jurídico con los bienes

⁷⁴ Aunque se ha sostenido también que, por esa vía, se produce una privatización del argumento constitucional que pierde, así, sentido público (Peña, 1996).

que antes hemos identificado como connaturales al ejercicio de este tipo de jurisdicción o si, por el contrario, ella no participa de todas o de algunas de esas características.

Para responder esa pregunta hemos examinado literatura secundaria y hemos revisado jurisprudencia. Hemos hecho una selección de autores que tratan del recurso de protección⁷⁵ y se ha tratado de revisar hasta qué punto esa literatura ha mirado al recurso de protección como un instrumento que está produciendo los bienes públicos considerados como valiosos en la jurisdicción constitucional. Por otra parte, y con igual fin, hemos revisado informaciones estadísticas y estudios empíricos previos acerca de los fallos de protección en la Corte de Santiago y en la Corte Suprema en los años 1990 a 1995, ambos inclusive. Por las razones ya indicadas de falta de confiabilidad de las estadísticas del I.N.E., no nos fue posible emplear cifras nacionales sobre protección, ni comparar los datos de nuestra base con ellos. Una tercera fuente de información relevante en el análisis que sigue en materia de protección está constituida por un estudio empírico en el que se tomaron como muestra todos aquellos fallos dictados por la Corte de Santiago en el año judicial de 1995; que no fueron revocados y todos los de la Corte Suprema que revocaron o confirmaron con declaración alguno de los contenidos en la muestra. La muestra incluye todos los fallos de ese año en recursos interpuestos en contra de órganos de la administración del Estado⁷⁶, los que suman un total de 277 (incluyendo 7 revocados y 13 confirmados con declaración sustantiva). La decisión de escoger una muestra por el carácter del recurrido se tomó en razón de que ello permite revisar hasta que punto la decisión se encontraba fundada en argumentos de derecho o de conveniencia pública, lo que es funcional al objetivo de nuestro trabajo de poder saber hasta donde resulta conveniente que sea el Poder Judicial y no otras agencias públicas las que resuelvan acerca de estas materias.⁷⁷

Estos fallos se revisaron con el objetivo de reconocer si en ellos se verificaba la producción de los bienes públicos propios de la jurisdicción constitucional y especialmente si era posible encontrar en ellos un desarrollo de las garantías constitucionales invocadas o amparadas, si aparecía el desarrollo de algún otro concepto constitucional; si se aparecía siguiendo alguna jurisprudencia y si se determinaba la competencia de algún órgano.

⁷⁵ Las hemos seleccionado pensando que se trata de las principales obras escritas en materia de protección en las que aparezca revisión sistemática de jurisprudencia y un intento por responder el tipo de preguntas que nos hemos formulado en este texto; especialmente por la naturaleza de las funciones que efectivamente la judicatura despliega en este tipo de causas y si hay un desarrollo consistente acerca del contenido del texto constitucional.

⁷⁶ Incluimos en éstos tanto a los de la administración centralizada, como descentralizada y los de gobierno y administración territorial. En cambio, excluimos aquellos recursos interpuestos en contra de jueces, tribunal constitucional, tribunales calificadores de elecciones y Contraloría General de la República. De ese modo, se trata de incluir todos aquellos órganos capaces de aprobar o implementar una política pública.

⁷⁷ Pensamos que en un universo constituido por causas seguidas en contra de órganos de la administración permitirá juzgar, mejor que cualquier otra alternativa muestral, hasta que punto los fallos han resuelto una materia que, conforme al marco teórico seguido, puede calificarse de un debate acerca de derechos y hasta que punto los tribunales han debido resolver conforme a criterios de bienestar. Típicamente esta cuestión - que habrá de examinarse puramente desde un punto de vista cualitativo y no cuantitativo- se verifica cuando se impugna una decisión gubernamental y más típicamente cuando se trata de revertir una política pública. La muestra presenta entonces esta ventaja.

1.2.2 ¿Participa la Protección de las Características de la Jurisdicción Constitucional?

Eduardo Soto Kloss, probablemente el autor que en este tema ha tenido una mayor influencia en el foro judicial, presenta el recurso de protección como una acción cautelar de derechos constitucionales y más precisamente como un mecanismo de amparo frente a las posibles violaciones por parte de la administración pública. La acción de protección es, en esta lógica, un mecanismo necesario para que efectivamente pueda existir un Estado de Derecho, toda vez que éste “supone un orden jurídico objetivo e impersonal, cuyas normas inspiradas en un superior sentido de justicia obligan por igual a gobernantes y gobernados, pues al obligar por igual a gobernantes y gobernados tanto éstos como aquéllos han de actuar conforme a Derecho, siendo el juez quien ha de declarar dicha conformidad o disconformidad cuando haya contienda, pues sólo a él el constituyente le ha confiado la jurisdicción, en forma exclusiva y excluyente ...” (págs. 12 y 13). A juicio de Soto Kloss, este recurso a un juez independiente es lo que permite configurar un Estado de Derecho; el que, “como concepto jurídico, nació precisamente y se ha desarrollado, sobre la base de la necesidad de un juez, independiente e imparcial que conociendo de dichos agravios, producidos por la autoridad (política o administrativa), decida el conflicto y su sentencia se imponga con la fuerza (o imperio) de res iudicata a las partes del litigio, aun si una de ellas es la mismísima autoridad administrativa estatal.” (P.52)

En esta misma interpretación del recurso de protección, la que, como hemos dicho, es la más influyente en el foro, la figura no solo es presentada como el amparo frente al abuso de la administración, sino también como el mecanismo que hace que la Constitución pueda alcanzar una vigencia efectiva, como norma jurídica eficaz, pues “de nada sirve que les sean reconocidos esos derechos públicos subjetivos, por el ordenamiento si sólo pudieran recurrir de agravio ante la propia autoridad agravante o su superior jerárquico, pues es obvio que nadie puede ser juez en su propia causa; ...” (p.52).

Si nos atuviéramos a esta descripción acerca de los propósitos y de la naturaleza de la protección, debiéramos necesariamente concluir que ella reúne dos características de la jurisdicción constitucional que obligan a concluir que debe ser el Estado, y más precisamente el Poder Judicial el único llamado a producirla y que el Estado debe de financiarla: En primer lugar, porque ella implica un mecanismo fundamental de control del poder político, lo cual solo puede hacer un órgano dotado de independencia. En segundo lugar, porque al amparar garantías constitucionales, esta jurisdicción debiera estar creando una jurisprudencia que dota de significado a la Constitución, produciendo así un bien público de gran valía, como es la capacidad de los ciudadanos de conocer el significado del texto constitucional y poder prever lo que ella dispone respecto de sus conductas posibles.

No obstante, y como iremos analizando a continuación, la práctica jurisprudencial de los Tribunales ha ido determinando que la acción de protección sirva un propósito diverso; aunque no por ello menos importante.

a) **Extensión de la Protección: ¿Se trata de derechos constitucionales?**

El derecho de propiedad parece ser, por lejos, el más invocado en los recursos de protección que se interponen. Una revisión de 3.229 de los 5.312 fallos dictados en el sexenio 90-95, en que aparece invocado algún derecho, arroja como resultados que el derecho de propiedad aparece como fundamento único o conjunto del recurso en 2.062 oportunidades. Si bien las cifras no pueden estimarse como definitivas, ellas si indican una tendencia que no nos parece pueda revertirse. Ello muestra que la propiedad es el derecho más invocado en materia de protección. Ello puede explicarse, como lo hacen diversos autores que han examinado este fenómeno, porque la propiedad es el derecho por excelencia, y que difícilmente algún otro ha logrado constituir en su derredor la claridad

conceptual de la propiedad. El fenómeno, con todo, responde asimismo a otra razón, también advertida por los autores, cual es el concepto de propiedad que ha terminado por aceptarse en nuestra jurisprudencia.

Conforme a dicho concepto de propiedad, ella puede recaer tanto sobre objetos corporales como incorporales, lo que implica no solo que las personas sean dueñas de los bienes físicos que les pertenecen, sino también, conforme a la jurisprudencia, que un estudiante tenga derecho de propiedad sobre sus estudios, un empleado público respecto de su cargo, el dueño de una casa respecto de su privacidad y de la cantidad de luz solar que recibe, y hasta un contratante sobre el derecho a ser satisfecho con un cabal cumplimiento de la norma, y así sucesivamente.⁷⁸ Así, la propiedad se ha hecho “sinónima con cualquier derecho subjetivo, estatus o situación jurídica subjetiva...” (Olave, 1996, pág. 52).

Según autores como Olave, esta equivalencia habría desnaturalizado la acción de protección, sacándola de su ámbito propiamente constitucional para ponerla al servicio de cualquier derecho, permitiéndole servir de mecanismo apto para cautelar derechos, sean o no constitucionales. Este proceso habría, según este autor “conducido a desvirtuar el sentido con que se estableció en nuestro sistema, la acción constitucional de protección.” (Olave, 1996, pág. 52).

Conforme a esta lectura la ampliación del concepto de propiedad habría puesto fin a la naturaleza propiamente constitucional del recurso para encausar a través de él debates típicamente civiles, como son los que genera el cumplimiento de los contratos. Si asumiéramos esta interpretación de la jurisprudencia de nuestros Tribunales debiéramos concluir, para los efectos de nuestro trabajo, que la protección no fue sino en la intención original del constituyente, una jurisdicción propiamente constitucional; pero que luego, al menos en materia de propiedad, ha servido de cauce para conocer y resolver cuestiones civiles ordinarias, que no son propiamente constitucionales, respecto de las cuales no existen bienes públicos involucrados, a cuyo través no se explica ni expande el significado de la Constitución y que en las causas de protección, más que defenderse derechos esenciales, se resuelven conflictos civiles ordinarios.

Otras miradas acerca de las acciones de protección en asuntos contractuales han llegado a la conclusión de que el concepto de propiedad que emplean los Tribunales no permite explicar porqué se aceptan algunas acciones de protección y se rechazan otras. Así, han llegado a concluir que no son los argumentos explícitos acerca del derecho que se dijo vulnerado lo que realmente permite comprender los motivos de las Cortes, los que han quedado implícitos u ocultos y que dicen más bien relación con la necesidad de un remedio rápido para evitar injusticias manifiestas. Desde este nuevo ángulo explicativo, la protección no sería un instrumento para defender derechos constitucionales y menos para declararlos, sino un proceso de urgencia para evitar que actos ilegales o arbitrarios expandan sus perniciosos efectos.

En efecto, para Jana y Marín, (1996), “los verdaderos fundamentos que han tenido nuestros tribunales para acoger recursos de protección en materia de conflictos contractuales entre particulares, ...no es, por cierto, el argumento formal del derecho de propiedad (titularidad) sobre los créditos.” (P.96). A juicio de estos autores, la propiedad garantizada en la Constitución no ha sido razonada por los Tribunales, sino solo presentada

⁷⁸ Este sentido amplio proviene de la aplicación del concepto de propiedad del Código Civil al ámbito constitucional y particularmente de una interpretación literal de lo dispuesto en el artículo 583 del Código Civil que prescribe que sobre los bienes incorporales existe se ejerce una “especie” de propiedad. El sentido de esta disposición ha sido latamente discutido en la doctrina. Una de las tesis más sofisticadas y sólidas al respecto puede encontrarse en Brito, 1995.

como la excusa para acoger o rechazar. Dicen al efecto que “la invocación de la protección constitucional de la propiedad sobre los derechos, salvo los casos de actos de autoridad, se ha debido, antes que a una verdadera reflexión acerca del sentido de esta protección, a la necesidad formal de referir el recurso a uno de los derechos constitucionales taxativamente señalados por el artículo 20 de la C.P. Los jueces, ante la necesidad de una acción rápida y eficaz para resolver un conflicto que requería urgente solución, han utilizado la propiedad incorporal como la excusa o requisito habilitante para acoger los recursos de protección, mecanismo que funcionalmente cumple ese rol.” (P.101-102). “En otras palabras, continúan estos autores, es posible establecer que en nuestro derecho, y a lo menos respecto de la particular materia que versa este trabajo, (protecciones en materia contractual) lo que realmente parece haber existido, más que una errada interpretación del sentido de la protección constitucional de la propiedad incorporal, o una excesiva constitucionalización sustantiva de mismo, es la utilización del recurso de protección como un equivalente funcional para llenar el enorme vacío que presenta nuestra legislación en materia de procesos de urgencia.” (p.135 -136).

Al analizar los fallos que citan Jana y Marín es posible, a nuestro juicio, sin embargo, agregar un segundo elemento interpretativo que ellos no advierten en su libro o que, al menos, no enfatizan de manera explícita. A este respecto, se impone una nota de cautela, pues los autores del libro que comentamos fueron quienes examinaron exhaustivamente los fallos, mientras nosotros solo hemos revisado aquellos aspectos de los fallos ellos decidieron publicar. Sin embargo, al hacer la lectura de las sentencias que citan, nos parece advertir que lo que determina que unos recursos sean acogidos y otros rechazados no solo está constituido por la necesidad de un remedio rápido, sino también por la naturaleza del agravio. Muchos de los casos que citan esos autores como acogidos son eventos de autotutela. Ellos reconocen este rasgo. En los restantes, la gran mayoría de los que son acogidos entre aquellos en que se invoca como acto ilegal o arbitrario el incumplimiento contractual mismo, son casos de contratos de adhesión (por ejemplo de seguro), contratos forzosos, (por ejemplo, previsionales o de salud); y, en general, situaciones en que resulta evidente la desigualdad de las partes para enfrentar una negociación o un juicio de lato conocimiento.

b) ¿Hay debate constitucional en la jurisprudencia de protección?

Cualquiera sea la hipótesis que sigamos de entre las desarrolladas por los autores antes referidos, debemos concluir que la práctica jurisprudencial de este recurso no habría servido para desarrollar un concepto operativo de la garantía constitucional de la propiedad, sino que más bien habría ampliado la garantía a grados que equivalen a vaciarla de todo contenido. En tal sentido, la discusión relevante en materia de propiedad en la protección no sería un debate constitucional, sino uno acerca de la naturaleza del agravio, acerca del carácter ilegal y arbitrario del acto que perturba su ejercicio y acerca de la pertinencia de remediarlo por esta vía llamada cautelar. Superadas esas barreras, el recurso de protección sería acogido. En otras palabras, para los autores referidos, los Tribunales decidirían los casos de protección en materia de propiedad y de contratos en base a examinar dos cuestiones decisivas: el carácter arbitrario o ilegal del acto u omisión y la pertinencia de restablecer el imperio del derecho por esta vía rápida y desformalizada. Decididas por la afirmativa las dos cuestiones anteriores, todo agravio injusto afectaría el derecho de propiedad. Incluso en los casos en que los fallos concluyen que no concurre este requisito, Jana y Marín creen advertir que ella no es la razón de fondo para rechazar el recurso, sino solo la excusa, la argumentación externa tras la cual se esconde alguno de los dos motivos antes indicados como los únicos relevantes.

Nuestra investigación empírica lleva también a confirmar esta hipótesis. Al menos, parece concluyente para determinar que el debate constitucional no es ni con mucho frecuente en las causas de protección examinadas.

Tal como se indicó, nuestra investigación sirvió para revisar todos los fallos a firme de los recursos de protección interpuestos en contra de órganos o agencias del Estado y que fueron resueltos en primera instancia en el año judicial de 1995. Ello nos llevó a examinar un total de 277 sentencias. Se desechó el fallo de primera instancia y se revisó solo el de segunda en los casos de revocación por la Corte Suprema (solo en 7 casos) o de confirmación con alguna declaración que no fuera solo corrección ortográfica, de cita o alguna formalidad (tan solo en 13 casos).

Como se muestra en el cuadro siguiente, tan solo en 38 de los 277 fallos analizados se verificó algún razonamiento acerca de uno o más de los derechos constitucionales invocados. En los restantes, una proporción superior al 85%, el fallo definitivo no contiene razonamiento alguno respecto de derechos constitucionales. De ese 85%, hay un quinto en que el fallo contiene alguna referencia a algún derecho constitucional, aunque esta es puramente evocativa; esto es, se alude al numeral o se cita el contenido de la constitución, sin que conste razonamiento alguno acerca del sentido o alcance del precepto constitucional. En estos casos de fallos que se limitan a lo puramente evocativo en materia de derechos, hemos estimado que no hay razonamiento constitucional, ya que un lector del fallo no queda mejor informado acerca del significado y alcance del texto constitucional que lo que queda con la lectura del precepto contenido en el texto de la constitución.

En consecuencia tan solo en un 14% de los fallos de la muestra es posible que se produzca la externalidad positiva consistente en que la comunidad jurídica conozca el significado de la Constitución mejor de lo que el propio texto se explica a sí mismo. Resulta notable destacar que de los recursos que se acogen, 52 en total, solo hay 11 en que se desarrolla el derecho constitucional invocado. En otras palabras, en cuatro de cada cinco fallos en que se acoge un recurso, la Corte lo hace sin hacer razonamiento explicativo alguno acerca del derecho que procede a amparar.

Cuadro N° 9
Frecuencia de razonamiento acerca de derechos constitucionales

	Si contiene razonamiento	No contiene razonamiento		Total de fallos
	38	239		277 ⁷⁹
		evoca o cita un derecho	no lo menciona	
Acogidos	11	19	22	52
Rechazados	27	26	135	188
Inadmisibles	3	7	46	56
TOTAL	41	52	203	296

En la mitad de los 38 fallos en que existe desarrollo por el Tribunal acerca de algún derecho constitucional éste alcanza a todos los derechos invocados, mientras en la otra mitad, la sentencia solo desarrolla alguno o algunos de los derechos invocados. En una mayoría de los casos (59%), el Tribunal emplea más de 6 líneas en desarrollar el primero o único derecho que se analiza, mientras en el restante 41% de los casos, el razonamiento

⁷⁹ Al sumarse las cifras desagregadas de los acogidos, rechazados e inadmisibles, ellos alcanzan 296, en condiciones que el número total de fallos contenidos en la nuestra era de 277. Ello se debe a que en 19 de aquellos declarados inadmisibles, el fallo además entró al fondo para desestimarlos.

acerca del derecho no alcanza las seis líneas. El desarrollo extenso es más frecuente en los 14 casos en que se analiza un segundo derecho, así como en los siete casos en que se estudia un tercer derecho invocado.⁸⁰

El mismo estudio de fallos nos indica que tan solo en cinco de las 277 sentencias el Tribunal desarrolla un criterio acerca de aquello en lo que consiste el legítimo ejercicio de un derecho. En esos cinco casos, el recurso resulta rechazado. Así, la proporción en que se verifica este desarrollo acerca del concepto constitucional de ejercicio de un derecho es apenas de un 2%.

c) Naturaleza de la Protección: ¿Qué se discute?

Si en los fallos de protección resulta escaso el examen acerca del sentido y alcance del texto constitucional, ya sea en su aspecto sustantivo acerca de lo que son los derechos que el consagra, ya sea adjetivo acerca de lo que es su legítimo ejercicio, cabe la pregunta acerca de qué debates se verifican a través de estas causas.

En el universo de causas estudiadas, esto es, en los recursos interpuestos en contra de órganos o agencias estatales y fallados en primera instancia en 1995, la respuesta es clara: En una vasta mayoría de las causas, lo que decide el fallo es la determinación acerca del carácter ilegal del acto. Es decir, no es la supuesta inconstitucional del mismo, sino su ilegalidad.

En efecto, y como demuestra el cuadro que sigue, en 196 de los 277 fallos revisados se verifica un examen acerca de la legalidad del acto u omisión impugnado (lo que representa un 71%). Del universo de fallos en que no se hace este examen, los que representan menos de un tercio del total, la mitad son declarados inadmisibles. Así, tan solo en 3 de los 52 fallos en que se acoge el recurso no hay análisis acerca de la legalidad del acto, mientras que tal análisis falta en alrededor de un quinto de los que se rechazan.

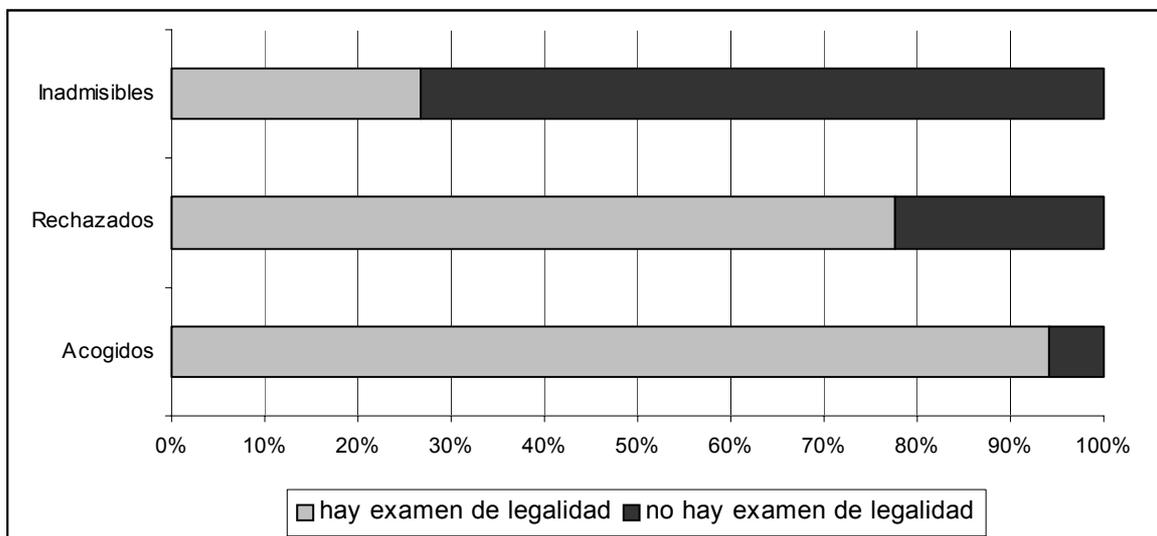
Cuadro N° 10
Frecuencia del examen de legalidad del acto u omisión

	hay examen de legalidad	no hay examen de legalidad	Total de fallos
Acogidos	49	3	52
Rechazados	146	42	188
Inadmisibles	15	41	56

Para mayor claridad los datos anterior aparecen en el siguiente gráfico expresados en porcentajes.

⁸⁰ De los 14 casos en que se desarrolla un segundo derecho hay 11 en que el mismo toma al menos 6 líneas, mientras solo en tres se hace en menos que eso. De los siete fallos en que se desarrolla un tercer derecho, hay 6 en que el mismo toma más de seis renglones.

Gráfico 4
Porcentaje de examen de la legalidad del acto u omisión



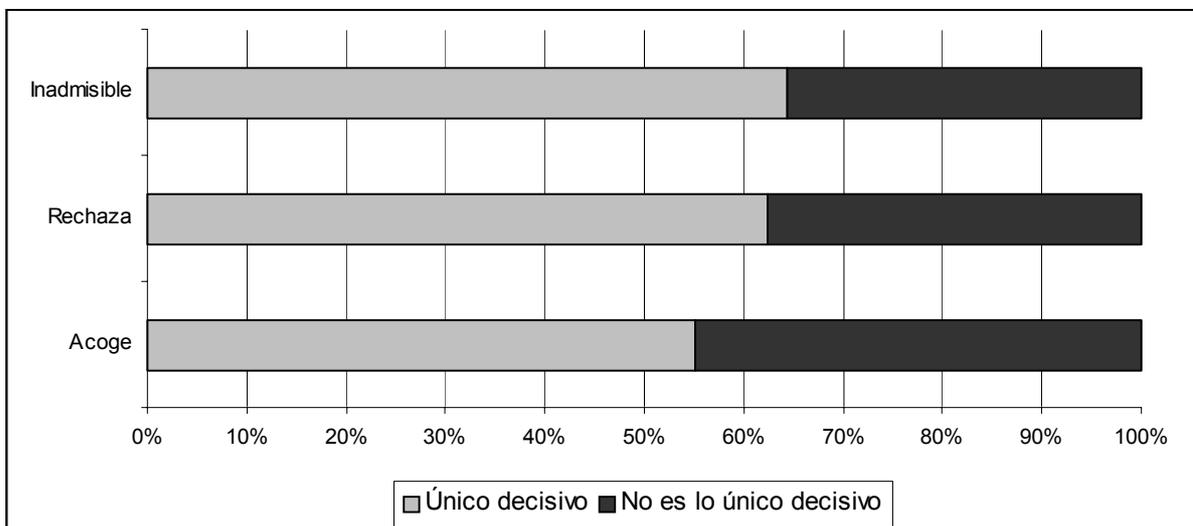
Para mayor claridad en este punto, nos preguntamos si el examen de legalidad era lo único que resultaba decisivo para el fallo. Para registrar una respuesta negativa bastaba con que la sentencia contuviera alguna consideración acerca de la arbitrariedad del acto o acerca del sentido o alcance que debiera darse a él o los derechos constitucionales invocados. Como indica el cuadro que sigue, en más de un 60% de las causas en que se verificó algún análisis acerca de la legalidad del acto, ello es lo único que resultó decisivo para resolver. En más de la mitad de las causas acogidas, a los Tribunales les bastó calificar el acto de ilegal para acoger el recurso. De igual modo, en más de un 60% (91 de 146) de los rechazados, el fallo resuelve con la sola consideración de la legalidad del acto. En otras palabras, le basta la conclusión de que el acto es legal para rechazarlo, sin que el fallo contenga ningún otro razonamiento que vaya más allá de la pura repetición de los textos normativos acerca del o los derechos invocados o acerca de la arbitrariedad del acto, la naturaleza del recurso o cualquier otra de las cuestiones que típicamente se implican en estas causas.

Cuadro N° 11
Frecuencia en que análisis de legalidad es lo único decisivo
(universo de aquellos en que hubo tal análisis)

	Único decisivo	No es lo único decisivo	Total fallos
Acoge	27	22	49
Rechaza	91	55	146
Inadmisible	9	5	14

Nuevamente procedimos a graficar esta información en función de los porcentajes de cada una de las hipótesis.

Gráfico 5
Porcentajes en que el análisis de legalidad es lo único decisivo



En prácticamente la mitad (47%) de los casos en que el fallo examinó la legalidad del acto u omisión, estudió la competencia del órgano. En más de tres cuartas partes de ellos se concluyó en que era competente, mientras en el 23% se llegó a la conclusión de que no lo era. En todos los que se concluyó que el órgano no era competente, el recurso fue acogido.

En un 28% de los fallos en que se consideró la legalidad, el examen consistió además o únicamente en el cumplimiento de las formalidades y/o en la corrección del procedimiento con que se adoptó la decisión. Las proporciones en que se llegó a la conclusión que tal procedimiento fue legal o ilegal resultan análogas al caso anterior (76 y 24% respectivamente). De igual modo, en todos los casos en que el procedimiento fue considerado ilegal, el recurso fue acogido.

De lo anterior podemos concluir que, salvo en dos casos de los más de 250 considerados en la muestra, la determinación de que el acto o la omisión era ilegal fue suficiente para que se acogiera el recurso. En otras palabras, resuelta la ilegalidad, solo en muy raras ocasiones se ha estimado que el recurso debe de rechazarse.

Las cifras antes referidas se muestran en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 12
Desagregación acerca del examen de legalidad
Conclusión de ese examen y resultado del fallo⁸¹⁻⁸²

	Casos en que se examinó competencia del órgano (91)		casos en que se examinó formalidad del procedimiento (55)		Casos en que se examinó legalidad de fondo (156)	
	Para concluir que era competente (70)	Para concluir que no era competente (21)	Para concluir se cumplieron (42)	Para concluir no se cumplieron (13)	Para concluir se respetó legalidad (123)	Para concluir no se respetó legalidad (33)
Acoge	8	21	1	13	5	31
Rechaza	63	0	40	0	118	2
Inadmisible	5	0	5	0	9	0

Tanto o más importante que lo anterior es detectar que el examen de legalidad, salvo casos muy excepcionales, no incluye el análisis acerca de si el acto se adecua a la constitución, a tratados internacionales o a principios. El examen de legalidad es uno de legalidad estricta.

En efecto, y no obstante tratarse de una acción constitucional, tan solo en trece de los 178 fallos en que se analizó la legalidad y de los 277 revisados fue posible constatar análisis de la juridicidad del acto u omisión a la luz del texto constitucional. En uno solo de los casos ese análisis incluyó los tratados internacionales y un total de 8 se verificó un examen de los principios.

Resulta de interés consignar también que en un 79% de los casos el fallo no analiza la arbitrariedad como una cuestión substantivamente diversa de la legalidad. En la gran mayoría del quinto de fallos en que la arbitrariedad es analizada, ese razonamiento tiene incidencia en la decisión (93%). Para valorar el significado de esta pregunta habría sido necesario saber con claridad en qué proporción de estas causas el recurrente había atribuido al acto u omisión el carácter de arbitrario. Sin embargo, dos terceras partes de los fallos no permitían saber con claridad si ello había ocurrido o no por parte del recurrente. Tan solo en un 13% de los casos pudimos determinar con claridad que el recurrente no había atribuido tal carácter al acto, mientras que en el 21% restante nos quedó claro que el recurrente sí había alegado que el acto era arbitrario.

En todo caso, debe de anotarse que en solo 6 de las 277 causas revisadas, la Corte considera arbitrario un acto que no había calificado de ilegal.

En otras palabras, podemos considerar que el verdadero debate que se verifica en la mayoría de los casos de protección en que se impugna un acto u omisión de la administración es acerca de la legalidad del acto. Verificada su ilegalidad el recurso se acoge. Declarada su legalidad, el recurso se rechaza. Esta es la cuestión que resulta decisiva en los recursos. Puede concluirse también que el examen de legalidad lo es de legalidad en sentido estricto, que muy rara vez el

⁸¹ El universo de los fallos considerados son aquellos en que hubo examen de legalidad.

⁸² Las tres columnas principales no contienen respuestas excluyentes. Hay fallos que entraron en dos o en los tres análisis.

mismo incluye el examen de juridicidad a la luz de la propia Constitución, de tratados internacionales o de principios jurídicos. Por último, cabe concluir que el análisis de la arbitrariedad no ha logrado autonomía respecto de la legalidad.

c) Sentido de la protección

Lo dicho hasta aquí no debiera llevar a la conclusión que la jurisdicción constitucional no sirve, en la práctica, para amparar derechos. Lo que se concluye es que ella no ha discriminado entre derechos constitucionales y derechos no amparados por el texto constitucional. Así, este tipo de jurisdicción no contribuye de modo relevante a explicar el sentido y alcance del texto constitucional.

Lo que la protección ha hecho es permitir un remedio de urgencia y con carácter provisional (jurídicamente es provisional aunque bastante permanente en la práctica) frente a actos u omisiones arbitrarios o ilegales. En el campo civil, ha venido a cumplir un rol de emergencia que no estaba cumpliéndose por falta de figuras suficientes o escasa recurrencia de las existentes. En lo contencioso administrativo ha representado un control de legalidad a posteriori de los actos de la administración. En ninguno de los dos planos ha desarrollado el significado del texto constitucional, que es el bien público que debe generar una efectiva jurisdicción constitucional.

Es más, la jurisprudencia de protección, como ya hemos dicho, se ha caracterizado por no desarrollar argumentaciones justificatorias respecto al contenido de la decisión. Esta falta de argumentación hace imposible generar tendencias jurisprudenciales, que en sí, independientemente del tema constitucional, podrían constituir bienes públicos.

Jana y Marín señalan que “los mismos argumentos que en unos casos han servido para acoger o rechazar el recurso podrían haber servido para resolver en forma contraria.” (pág.68). A juicio de estos autores, el verdadero motivo de la decisión, relativo a la funcionalidad del recurso no aparece debidamente razonado en los fallos. La funcionalidad que sirve para resolver los casos aparece sólo de modo implícito y “parece haber sido aplicada en forma más bien intuitiva, y en no pocas ocasiones se ha encontrado sólo débil o confusamente presente en los fallos, y aun en otras del todo ausente.” Inmediatamente a continuación estos autores sacan la conclusión evidente y relevante para nuestro trabajo: “Esto se ha traducido en que los criterios de aplicación del recurso se han desarrollado hasta el momento en forma imprecisa, con el consecuente grado de incertidumbre y ambigüedad que ello implica, y en algunas ocasiones con fallos no sólo aparentemente contradictorios, sino que casos prácticamente iguales han sido resueltos de modo distinto.”(p.103-104)

Difícilmente los actores podrían aprender acerca del significado de las normas que los rigen al leer fallos si en ellos “los argumentos que ha utilizado la Corte cuando ha negado la protección pugnan con aquellos otros en los que los ha acogido. En otras palabras, los mismos argumentos que los fallos han invocado para acoger o rechazar las protecciones podrían haber servido para resolver en sentido contrario”. (pág.134).

Tal vez la pluma más crítica de la falta de consistencia argumental de la Corte viene de quien ha examinado la jurisprudencia respecto del principio de igualdad ante la ley. Fernando Atria (Atria, 1997) no solo recorre en esta materia los fallos de protección, sino también los de inaplicabilidad. Su conclusión es que en estos casos las Cortes “fallan sin justificar”. Con ello no quiere decir que las sentencias carezcan de fundamentos, sino que estos no permiten explicar la decisión. Al igual que Jana y Marín, Atria estima que los razonamientos explícitos son solo el velo, la forma tras la cual se omiten y permanecen en secreto las razones decisivas. “Una vez que éste ha sido fallado, tampoco tienen (las partes o lo lectores) posibilidades (en la generalidad de los casos) de saber cuáles fueron las

razones jurídicas que destruyeron los argumentos del vencido, ni cuáles las que aprobaron las del ganador.” (P.89-90).

Para mantener esta indecisión, según Atria, la Corte elude razonar acerca del problema que se le plantea, limitándose a resolverlo dando razones que no se hacen cargo del dilema, contradiciéndose constantemente.

A juicio de Atria, la Corte simplemente no ha construido un significado del concepto de igualdad que consagra la Constitución; lo que hace totalmente impredecible su conducta: “nuestros tribunales no han encontrado una línea unificadora de su concepción de igualdad, lo que se traduce en la total imprevisibilidad de sus decisiones...” (pág.89). Atria registra seis significados que la jurisprudencia ha dado al concepto de igualdad, señalando que la Corte nunca ha dado razón para oscilar, con entera libertad, entre ellos.⁸³

Nuestro análisis de fallos de protección interpuestos en contra del Estado ha sido, al menos hasta la fecha, más cuantitativo que cualitativo, por lo que resulta difícil poder emitir un juicio acerca de la consistencia de sus fundamentos o de la regularidad de sus líneas argumentales. Con todo, detectamos algunos indicios que resultarían concordantes con la percepción de los autores antes referidos, los que dicen relación con la escasa presencia que tiene la jurisprudencia en los razonamientos explícitos de los fallos. Así, en ninguna de las 277 sentencia revisadas se cita jurisprudencia para razonar acerca de la naturaleza del recurso o para dar significado al texto constitucional acerca de algún derecho. Tan solo en 4 de los 277 fallos aparece alguna cita o referencia a fallos anteriores en algún considerando.

⁸³ Al recapitular Atria afirma que la Corte ha dicho, entre otras cosas,”(1) que la igualdad consiste en la exclusión de privilegios, pero no ha dicho cómo distinguir algunos privilegios que ella no considera inconstitucionales de los que los son; (2) que la igualdad implica igualdad absoluta, pero eso no ha sido nunca seriamente aplicado a caso alguno; (3) que, entonces significa igualdad relativa, es decir, que las leyes deben ser aplicadas, caso en el cual no se entiende porqué la igualdad es un derecho constitucional; (4) que la igualdad relativa debe ser entendida en un sentido fuerte, queriendo decir que lo que importa es que las diferencias de hecho en las circunstancias de dos personas o grupos sean tales que justifiquen el trato desigualitario, pero nunca ha dicho cuáles de todas las diferencias de hecho entre personas que son aptas para ello y en qué circunstancias; (5) que la igualdad significa que no se pueden dictar disposiciones jurídicas particulares, pero que eso no implica la inconstitucionalidad de una ley que distribuye desigualmente derechos entre personas individualmente identificadas; y, en fin, (6) que la igualdad se opone a discriminaciones que a ella le parecen obviamente privadas de razón, pero no ha hecho público cómo (demonios) esto se puede saber de antemano.” (P.89)

2. EL RECURSO DE CASACIÓN

2.1 Objetivo del recurso

Por lo general, los tribunales ejercen su competencia adoptando decisiones que implican la aplicación de unas determinadas normas jurídicas a unos hechos que ellos han dado por acreditados a partir de los antecedentes o evidencias que se le proporcionan durante el juicio. Sin embargo, excepcionalmente hay tribunales que deben adoptar decisiones exclusivamente circunscritas al derecho aplicable en el caso específico, sin que les esté dado modificar la forma como han sido fijados los hechos de la causa, fijación que ha hecho un tribunal inferior. En este caso no interesa fijar qué es lo que sucedió realmente en un conflicto específico, sino cuál es el alcance exacto de las normas jurídicas que regulan la cuestión. Tal es el sentido del recurso de casación, que permite a las partes instar porque un tribunal superior revise la forma como ha sido aplicado el derecho por uno inferior. Se trata de uno de los recursos de alcances más trascendentales dentro del ordenamiento jurídico por lo que su conocimiento, en nuestro país –como en la generalidad del derecho continental –, está entregado exclusivamente a la Corte Suprema.⁸⁴⁻⁸⁵

El instituto de la casación nació en la Francia prerrevolucionaria, de la mano del poder real, como un mecanismo para evitar que los tribunales dictaren sentencias contrarias a las leyes (Piedrabuena, 1995). Su fin era entonces controlar a los órganos judiciales velando porque las ordenanzas reales fueran interpretadas y aplicadas de la manera como el Poder Legislativo – el Rey – deseaba. En tal sentido, la casación no era más que una extensión de la propia facultad legislativa y, por lo tanto, asumía todas las características de ésta.

La Revolución Francesa vino a potenciar este recurso, instituyéndose una Corte de Casación con un perfil fuertemente político. Se trataba, por lo pronto, de un órgano inserto dentro del Poder Legislativo, aunque con altas dosis de autonomía. Su rol era el de invalidar sentencia sin reemplazarlas, lo que permitía no considerarlo como órgano judicial. En el ideario revolucionario existía una fuerte desconfianza respecto a los jueces, quienes en buena medida provenían del antiguo régimen, a la par que se apostaba a la ley como manifestación máxima de la soberanía popular. Con tales atributos, la ley no podía ser desvirtuada por interpretaciones judiciales, cabiéndole a los jueces tan sólo aplicarla sin siquiera interpretarla. Los jueces, en esta concepción, no pasan de ser “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, seres inanimados, sin voluntad propia ni poder político.

El carácter político de la casación se fue mitigando con el tiempo, produciéndose poco a poco un nexo más estrecho entre el recurso y el juicio concreto en que incidía. En un comienzo la casación sólo podía ser promovida por el mismo rey, para luego permitirse que los particulares tuviesen también iniciativa a través de la formulación de una suerte de denuncia al rey de haberse transgredido la ley por parte de un magistrado. Al cabo de un

⁸⁴ En Chile, en forma excepcional dentro del derecho comparado, se distingue entre dos tipos de casación, una “en el fondo” que es aquella a la cual nos estamos refiriendo y una “en la forma”, en la cual se persigue la declaración de nulidad de un fallo adoptado con irregularidades en su tramitación. Este último recurso no es de competencia exclusiva de la Corte Suprema, ni persigue uniformar la interpretación de la ley, razón por lo cual será excluido de nuestro análisis.

⁸⁵ En nuestro ordenamiento el recurso de casación está definido en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil de la siguiente forma: “El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencia pronunciada con infracción de ley, siempre que esta infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia. Sólo se concederá este recurso contra las sentencias inapelables de las Cortes de Apelaciones o de un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes.”

tiempo tal denuncia pasa a convertirse en la interposición de un verdadero recurso (Piedrabuena, 1995).

En lo que dice relación al caso que da origen al recurso, los efectos de la casación se limitaban a la anulación de la sentencia recurrida, pero sin que quienes acogieron el recurso dictaran una de reemplazo, lo que correspondía luego a los jueces originales. De tal forma indirecta se promovía la unificación de la jurisprudencia de todos los tribunales. En el año 1837 se suprimió en Francia el reenvío, con lo que el propio órgano de casación pasó a tener competencia para dictar derechamente la sentencia de reemplazo (Carocca, 1998).

Tal circunstancia es vista por algunos como el fin del tránsito de un instrumento político a uno jurisdiccional (Piedrabuena, 1995 y Carocca, 1998). A nuestro juicio, la casación no pasa a ser un instrumento meramente jurisdiccional, si por ello se entiende desprovisto de consideraciones de mérito y oportunidad, por el hecho de ser adoptada por un tribunal. Como tampoco era antes una decisión absolutamente política, por el hecho de ser adoptada por un órgano dependiente del Parlamento que no podía dictar la sentencia de reemplazo.

Siempre la casación, hasta en su versión original, combinó elementos políticos con jurisdiccionales, aunque ciertamente la mezcla ha variado en el tiempo. El carácter jurisdiccional de la misma, desde el principio, residía en que su resolución implicaba acercar una norma general y abstracta a un caso particular, tal proceso es el que caracteriza a la decisión jurisdiccional. Tal decisión tenía evidentes implicancias en el caso particular, pues llevaba la invalidación de la sentencia, independientemente de que fuera otro tribunal el que posteriormente tuviera que volver a fallar el asunto.

Lo anterior tiene significativa importancia para dilucidar si ante una decisión de casación estamos o no frente a un bien público. La escuela procesalista chilena más tradicional, apartándose de la doctrina hoy vigente, tiende a ver en la casación uno más de los recursos con que las partes cuentan para que se haga justicia en un caso particular, percibiendo como un fin secundario o derivado de ella el de uniformar la jurisprudencia. Es decir prima en ella el interés particular del agraviado por la resolución, versus el general de la sociedad interesada en tener claridad sobre el derecho vigente. El principal argumento para sustentar esta tesis reside en que el recurso sólo puede ser interpuesto por las partes en el juicio⁸⁶, recurso que además está revestido de múltiples requisitos y limitaciones. Si el interés fuere general, ambas restricciones no debieran existir.⁸⁷

⁸⁶ Piedrabuena, refiriéndose a la regulación chilena, sostiene:

“... la casación se creó como recurso a favor de las partes del juicio; no se diseñó un recurso en interés de la ley o se permitió la actividad oficial. Luego, es evidente que está al servicio de quien es parte litigante, no en pos del interés social. Si el fallo viola la ley y las partes no recurren, la transgresión al derecho objetivo se afianza y la comunidad por vía de la casación, nada puede hacer. Aún más, es posible sostener que en torno al recurso se manejaron criterios de orden privatista, debido al predominio del derecho civil en los demás campos jurídicos. Ello daría base a una estimación patrimonial de la casación. **Por otra parte, el interés público presente en el proceso civil es una cuestión extraña a su concepción original**” - el destacado es del autor- (Piedrabuena, 1995, p. 22).

⁸⁷ Para el mismo autor antes citado, el objetivo de la uniformación jurisprudencial debe ser relativizado: “... si bien no es conveniente para la justicia una jurisprudencia contradictoria sobre temas fundamentales porque ello va contra la certeza jurídica y la igualdad ante la ley, tampoco se puede caer en el otro extremo de pretender, como ideal posible y positivo, que se elimine la posibilidad de contradicción, cambio o evolución de la jurisprudencia. Ello equivaldría a un anquilosamiento del sistema y a una impermeabilidad o rigidez contraria al progreso jurídico y a la evolución en la interpretación de las normas” (Piedrabuena, 1995, ps. 171 y 172). No es ello

La doctrina extranjera, así como los textos legislativos más evolucionados, conceptualizan la casación en forma distinta, dándole una importancia central a su fin público:⁸⁸ uniformador de la jurisprudencia y proveedor de información. Las restricciones existentes para la interposición del recurso tienen una justificación distinta, ya que apuntan a que éste, según señala Carocca "... debe responder a un compromiso entre dos necesidades prácticas: lograr su finalidad esencial que es trazar líneas jurisprudenciales claras para que los litigantes sepan cuál es la respuesta probable de los tribunales frente a un litigio concreto; y, la necesidad de restringir el acceso a la casación para garantizar la seguridad jurídica y evitar la incertidumbre derivada del retraso de la declaración del derecho en el caso concreto (Carocca, 1998, p. 38)

Una visión similar, aun cuando aislada y minoritaria, es posible encontrarla en fallos de la propia Corte Suprema chilena. El más famoso es uno del año 1936, en donde la Corte sostuvo:

"Que a este fin primordial – se refiere a la necesidad de que exista una institución que ejerza una tutela legal sobre todos los tribunales – tiende el recurso de casación en el fondo, cuya misión es la de fijar el genuino sentido y alcance de la ley, perfeccionando la que sea oscura, dudosa o incompleta mediante una recta interpretación, y participa de esta manera, **el mencionado recurso, en cierto modo, más bien de la función del poder legislativo que de la del judicial, propiamente dicho, ya que con él se trata de obtener la unidad de la legislación por medio de la unidad de la jurisprudencia.**

"Que en tal sentido, la casación junto con ser un verdadero homenaje que se tributa a la ley, es una institución de carácter técnico, de interés general, de orden público y de derecho estricto." –el destacado es nuestro- (citada por Valenzuela, 1991)⁸⁹

ciertamente en lo que se está pensando al hablar en uniformación jurisprudencial, sino que los ciudadanos y agentes económicos tengan claridad respecto a que la jurisprudencia de los tribunales, aunque cambie en el tiempo, es una sola para todos ellos y que tales cambios, por ende excepcionales, deben ser sólidamente fundados y sujetos a un control por el máximo tribunal. Lo que se busca evitar es que cada tribunal pueda fallar a su amaño sin hacerse cargo siquiera de lo que él u otros hayan fallado previamente sobre la misma materia. En ningún caso ello tiene que significar ausencia de cambio. De hecho, la misma casación puede servir para adecuar la legislación y la jurisprudencia a su tiempo, entregando aplicaciones progresistas del derecho.

⁸⁸ Ya el tratadista más insigne sobre el tema de la casación, Piero Calamandrei, sostenía, aunque en forma diversa a como lo hacemos nosotros, la finalidad pública de la casación: "La jurisdicción considerada como una actividad de control, aparece así verdaderamente como una necesaria continuación de la actividad legislativa, cuyas manifestaciones hipotéticas y abstractas faltarían absolutamente a su propósito práctico de mantener el orden en la sociedad, si el Estado no se ocupase de confrontar continuamente con la regla abstracta de conducta la conducta concreta de los coasociados, y de protegerse contra la mala voluntad o contra la inercia de aquellos a los cuales dirige sus imperativos (p. 35) Más adelante señala que "... la Corte de Casación, para llegar a satisfacer su finalidad institucional, sirve al interés privado de los recurrentes, los cuales vienen así a convertirse inconscientemente en instrumentos del interés público" (p. 40) Calamandrei, 1945.

⁸⁹ El mismo autor que hace la cita opina que: "El recurso en estudio, sin duda, como afirman los procesalistas, está establecido en beneficio del interés particular del litigante agraviado, única persona que puede interponerlo, para reparar el daño que la ocasiona la sentencia que interpreta indebidamente la norma legal; pero, al propio tiempo, la casación en el fondo constituye un remedio de interés general y de orden público, ya que tiende a uniformar la correcta aplicación de la ley evitando que los tribunales contravengan su texto formal, la interpreten erróneamente o hagan una falsa

La tesis que ha primado es, sin embargo, la contraria. Ello ha motivado diversos intentos de regular este recurso para devolverle su carácter público, provenientes desde el poder político. Una línea sistemática en tal sentido es posible apreciarla desde la dictación del D.L. 1.682 de 1977, donde se estableció la posibilidad de que la Corte Suprema casara de oficio resoluciones, cuando hubiesen deficiencias en el escrito de formalización del recurso.⁹⁰

En la misma dirección apuntan las normas introducidas en la Ley 19.374 con el fin de lograr que la Corte Suprema uniforme sus fallos, cuando distintas de sus salas resuelvan una misma cuestión en forma contradictoria. En el primer informe de la Comisión de Legislación del Senado se señala expresamente que la disposición en cuestión tiene por "... finalidad establecer un mecanismo encaminado a contribuir a lograr una mayor uniformidad en la jurisprudencia –que es uno de los propósitos del proyecto –, permitiendo que se pueda solicitar que resuelva el Pleno, en caso de que el máximo tribunal, en distintos fallos, haya sostenido interpretaciones diferentes sobre las materias de derecho en que incide el recurso".⁹¹

Otro intento por reafirmar el interés general y público en el recurso, en forma preeminente al privado de las partes, lo constituyó la introducción en el Parlamento, en el texto que allí se aprobó de la Ley N° 19.374, de una institución de raíces similares al certiorari vigente en países como los Estados Unidos de América, Alemania y Francia. Conforme a esta institución, los más altos tribunales pueden seleccionar los casos en los que se pronunciarán entre aquellos que les presenten las partes. Es decir, el tribunal no queda obligado a conocer y fallar todos los recursos que le ingresen, sino que puede escoger aquellos que por su relevancia y oportunidad le parece necesario o indispensable pronunciarse. Ello refleja el carácter público del instituto y le permite al tribunal administrar adecuadamente su tiempo y recursos, de forma tal de mantener la calidad y profundidad de sus resoluciones, única forma para que pueda ejercer adecuadamente su rol uniformador y ejemplificador sobre todo el ordenamiento. Si se permite rechazar el recurso en un caso concreto por no ser de interés general su resolución, queda en total evidencia que es ese el interés que prima y no el particular del recurrente.

Tras una larga discusión en el Parlamento se aprobó una disposición que estableció que "La misma sala, aun cuando se reúnan los requisitos establecidos en el inciso precedente –para la procedencia del recurso –, podrá rechazarlo de inmediato, si, en opinión

aplicación de ella. De allí que algunos autores sostengan que el recurso de casación en el fondo se ha introducido en el ordenamiento jurídico más bien en interés de la sociedad que en beneficio de los litigantes" (Valenzuela, 1991, ps. 145 y 146).

⁹⁰ Para Piedrabuena la casación de oficio no es prueba suficiente para afirmar que el recurso vaya en función del interés general. Señala que "La reforma mencionada no instauró en Chile una casación de oficio en el sólo interés de la ley sino que trató de proporcionar un remedio o ayuda de los litigantes particulares que solían sucumbir por las dificultades del escrito de formalización. Tampoco la reforma permitía la casación de oficio por otras circunstancias distintas a los defectos de formalización del recurso". (Piedrabuena, 1995, p. 36). Pero ¿cuál puede ser el interés del legislador por ayudar a quienes "sucumban" en las dificultades del escrito de formalización, sino es la consideración que hay un interés que les excede en la materia? Más adecuado nos parece interpretar en el sentido inverso la norma: es tal la importancia que el legislador le da al recurso que aún en circunstancias de que no se cumplan los resguardos que el mismo establece para que no se banalice, permite excepcionalmente que la Corte entre a conocer de él.

⁹¹ La solución adoptada resultó prácticamente superflua al aceptarse posteriormente, en la misma Ley N° 19.374, la especialización de las salas en que se divide la Corte Suprema, lo que minimiza el riesgo de fallos contradictorios.

unánime de sus integrantes, adolece de manifiesta falta de fundamento o **carece de relevancia jurídica para la adecuada interpretación y aplicación del derecho**" (el destacado es nuestro).

Sin embargo, tal norma no pasó el examen efectuado por el Tribunal Constitucional, el cual en sentencia del 1 de febrero de 1995 la declaró inconstitucional. El Tribunal, ajeno a la discusión que antes hemos resumido, adhiere sin más a aquella doctrina que ve en la casación un recurso establecido en favor de las partes. Reproducimos a continuación los párrafos más relevantes de esa sentencia, en lo que dice relación con la causal de rechazo fundada en la carencia del asunto de relevancia jurídica para la adecuada interpretación y aplicación del derecho:

14° "...Esta circunstancia no guarda relación alguna con la pretensión del recurrente de casación en el fondo y con la petición de éste de que se anule el fallo porque se cometió error de derecho en la solución del conflicto sometido a la decisión jurisdiccional.

De la manera en que se otorga esta facultad, se restringe el recurso de casación de fondo a los casos en que la infracción de ley con influencia en lo dispositivo del fallo sirva para generar doctrinas o jurisprudencia, funciones residuales de la sentencia y ajenas a su propio deber, cual es, el resolver en derecho los conflictos sometidos a su decisión.

15° Que, el artículo 73 de la Constitución Política, ha incorporado al texto de la Constitución el principio general procesal denominado de la inexcusabilidad, al expresar que "Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad".

La Corte Suprema tiene competencia privativa para conocer del recurso de casación de fondo y las partes tienen el derecho a recurrir de acuerdo al procedimiento establecido por los códigos procesales.

Declarado admisible el recurso debe aplicarse esta regla y, por lo tanto, la Corte debe resolver, conociendo del recurso de casación de fondo, si la sentencia está viciada por error de derecho, y si éste influyere en la parte resolutive de la sentencia deberá anularla y reemplazarla por otra en que el error se corrija, sin que le sea lícito evitar pronunciamiento por carecer el derecho en litis de relevancia jurídica."

La Corte extrema entonces los argumentos más privatistas respecto al recurso de casación, señala que la función de generar doctrina o jurisprudencia a través de él es residual y ajena a su propio deber⁹². Igualmente adopta una premisa que en la práctica resulta ser falsa: que los tribunales no pueden ejercer ningún tipo de selectividad, cuando ya hemos visto que ésta opera en múltiples instancias y niveles (Vid Capítulo II, Supra). Es más, buena parte de los avances hacia la modernización del sistema judicial apuntan precisamente al establecimiento de sistemas de selectividad explícitos, lo que permite rodearlos de requisitos previos, exigencias de fundamentación y sistemas de control adecuados.⁹³

Resulta paradójico que el fallo del Tribunal Constitucional adopte para juzgar la aludida disposición de la Ley N° 19.374, ley que introduce un amplio conjunto de modificaciones a la

⁹² Esta argumentación no se comprende con facilidad, o es un efecto residual o es ajeno a su deber, no se entiende como compatibilizar ambos fines.

⁹³ Tal es el fin del establecimiento del principio de oportunidad en materia penal al que ya nos hemos referido anteriormente.

Corte Suprema en general y al recurso de casación en particular, una premisa radicalmente diferente a la que inspira en todas sus partes a dicho cuerpo legal. Este perseguía, tal como consta en su mensaje y en la historia fidedigna de su tramitación, convertir a la Corte Suprema en un verdadero tribunal de casación, entendiendo a este recurso como la suprema herramienta que se pose el ordenamiento jurídico para lograr la uniformidad en la jurisprudencia de los tribunales. Como hemos resaltado, el Tribunal Constitucional consideró tal fin primordial para el legislador como “residual” y “ajeno a su propio deber”

2.2 ¿Ha cumplido la casación su objetivo en Chile?

Si ha habido una política judicial explícita y consistente en la historia judicial de este país es aquella tendiente a constituir a la Corte Suprema en un verdadero tribunal de casación, adjudicándole a tal recurso las características de interés general que hemos apuntado. Quizás sea también la política judicial menos exitosa.

Originalmente la Corte Suprema no surge con tales fines.⁹⁴ Los primeros ordenamientos constitucionales del Chile independiente buscaban la creación de un órgano nacional que supliera las funciones que en la época colonial desempeñaba sobre América el Consejo de Indias localizado en España, el que reunía tanto facultades legislativas, como administrativas y judiciales, en su calidad de delegado de la Corona para el Continente. Sus competencias judiciales apuntaban a la decisión de los asuntos en última instancia y la concesión de gracias frente a sentencias resueltas por tribunales inferiores.

Son éstas las atribuciones que posee la Corte Suprema desde su efectiva instalación en 1823, a las que se le suma luego el conocimiento de ciertas apelaciones, con el fin de descargar a la Corte de Apelaciones de Santiago y del recurso de nulidad, por vicios formales en la tramitación de los procesos, introducido en 1837.

Desde la Constitución de 1833 pasa a serle asignada a la Corte Suprema la “superintendencia directiva, correccional, consultiva y económica sobre los tribunales y juzgados de la Nación”, lo que sería recogido en la Ley de Organización de los Tribunales que viene a dictarse en 1875. En ella se le agrega la atribución de “corregir por sí las faltas y abusos que cualquiera jueces y funcionarios del orden judicial cometieren en el desempeño de su ministerio”.

Ese mismo cuerpo legal introduce por primera vez el instituto de la casación en el fondo, claro que sin regularlo, lo que se haría solamente con la dictación del Código de Procedimiento Civil en 1903. Con el recurso se buscaba convertir a la Corte Suprema en un tribunal principalmente de derecho, relegando a un segundo plano sus labores como tribunal de instancia.

Aquí se inicia el proceso por tratar de convertir en un tribunal de derecho a uno acostumbrado a fallar tanto los hechos como el derecho en los litigios que se le presentaban, y que veía en tal posibilidad un atributo fundamental de su calidad de más alto tribunal de la república. Siguiendo su ancestro realista, la Corte se entendía a sí misma como depositaria del poder jurisdiccional, el cual por razones prácticas procedía a delegar en los distintos tribunales de la nación, sin perder por ello su potestad para retomarlo cuantas veces quisiera. Revisar exclusivamente la aplicación del derecho era visto como la obligación de aceptar sin poder enmendar la fijación de los hechos realizada por un inferior, lo cual implicaba un cercenamiento de facultades que les resultaba inadmisibles.

Es más, la Corte Suprema por la vía jurisprudencial desarrolló el llamado recurso de queja, canalizando por esa vía su trabajo jurisdiccional y desplazando así la importancia práctica de la casación. Gracias al recurso de queja la Corte puede mezclar dos órdenes de

⁹⁴

En este breve análisis histórico seguimos a Carocca, 1998.

potestades que debieran estar nítidamente separadas en los tribunales: las (disciplinarias) administrativas y las jurisdiccionales. Las primeras obedecen a razones organizacionales, que hacen necesario dotar al Poder Judicial de una cierta estructura jerárquica que facilite su administración como órgano autónomo. Por tal razón, se le confiere a la Corte Suprema la superintendencia sobre los restantes tribunales y se le otorgan atribuciones disciplinarias sobre sus integrantes. En el orden jurisdiccional la situación es distinta, pues si bien existe una jerarquía de instancias dentro del sistema judicial, cada una de ellas es autónoma y libre para fallar de la forma como lo estime pertinente, siendo el poder de cada juez originario (atribuido directamente por la Constitución) y no delegado de un superior. Con ello se logra que los tribunales sean plenamente independientes, para que puedan fallar los juicios en forma imparcial exclusivamente en su mérito, libres de toda presión, ya sean externas o, lo que a estos efectos nos interesa, internas de sus superiores.

Sin embargo, como anunciábamos, la Corte ha tendido tradicionalmente a fundir ambas potestades influyendo desde lo administrativo en lo jurisdiccional. Ello se hace plenamente de manifiesto con la instauración del aludido recurso de queja. A través de éste se extrapolan las facultades que le asisten a la Corte para corregir las faltas o abusos que cometieren sus inferiores, para por esa vía poder enmendar resoluciones dictadas por ellos. El aspecto propiamente disciplinario quedó desligado del recurso, ya que este se acogía –y se cambiaba la resolución- sin necesidad de imponer sanción alguna al funcionario infractor. En los hechos, el recurso no se interponía contra un juez infractor, sino contra una resolución. Cuando lo que se buscaba era la corrección de una infracción cometida por un funcionario, no era el recurso de queja el que se intentaba, sino la “queja” a secas, que es del todo diferente y hasta sigue un procedimiento de tramitación diverso.⁹⁵

El recurso de queja tiene otras particularidades, ya que en virtud de él pueden invalidarse fallos completos sin necesidad de que sea escuchada la contraparte y sin que haya exigencia de realizar fundamentación alguna más allá que la afirmación, de una línea de extensión: “... habiéndose cometido falta o abuso...” De allí que se haya sostenido que la Corte, a través de este expediente, ha ejercido una verdadera “jurisdicción en equidad”.

Las medidas para intentar que la Corte Suprema efectivamente se hiciera cargo en forma satisfactoria de resolver recursos de casación, uniformando la jurisprudencia en nuestro país, y dejara de ser un tribunal de equidad, han debido dirigirse tanto a restringir los alcances de la queja, como a regular racionalmente tanto el volumen de ingreso de los recursos de casación y la capacidad de respuesta del tribunal frente a ellos.

Primero se trató de afectar la demanda por resolución de recursos de casación, con el fin de restringirla a un número manejable y circunscribirla a casos de real envergadura. Ello se hizo a través del expediente de establecer complejos requisitos de forma para su interposición; de la fijación de una cuantía mínima que debían tener los juicios para que fuere procedente el recurso, y de exigir la realización de consignaciones previas. Todo ello, se suponía, constituía un conjunto de fuertes desincentivos para la interposición de recursos en causas de menor envergadura o con fines meramente dilatorios. Así, la Ley N° 3.390 de 1918 estableció una cuantía mínima para la interposición del recurso y restringió las causales de casación tratándose de juicios regidos por leyes especiales; la Ley N° 7.760 aumentó la cuantía para la interposición del recurso, nuevamente la Ley N° 11.183 de 1953 elevó la cuantía, señalándose en su mensaje que con ello se buscaba evitar el retraso que

⁹⁵

Los recursos de queja son conocidos y resueltos por salas de los tribunales colegiados. En cambio la queja debe ser resuelta por el pleno del tribunal, única instancia con facultades para imponer medidas disciplinarias.

experimentaba la Corte, el que se debe a “la amplitud de la regla que autoriza la interposición del recurso de casación en el fondo” (citado por Piedrabuena, 1995)

La capacidad de respuesta o la oferta de servicios de resolución de este recurso ha sido ampliada constantemente a través del expediente de aumentar el número de ministros integrantes de la Corte Suprema. Así, de los originales 7 ministros con que contaba en 1.875, a la época de la dictación de la Ley Orgánica de Tribunales, aumentaron a 13 con la Ley N° 3.390 de 1918⁹⁶, la que además dividió su funcionamiento en dos salas para facilitar el despacho de las casaciones. Por un breve período, a partir del año 1924, se restringió su número a 11 y se volvió a la resolución por el pleno. En el año 1937 se restauró su composición y forma de funcionamiento anterior. Posteriormente, la Ley N° 18.374 de 1984 elevó sus integrantes a 16 y la N° 18.750 de 1988 a 17. Recientemente, en el año 1997, se volvió a aumentar el número de ministros a 21, con la exigencia de que cinco de ellos deben proceder de fuera de la carrera judicial.

Ninguna de estas medidas realmente logró revertir la tendencia natural de la preeminencia de la queja sobre la casación en el trabajo de la Corte. Mientras el número de fallos en la primera decreció, aumentó proporcionalmente en las quejas. Con particular claridad resalta esta situación el Presidente de la Corte Suprema Rafael Retamal en su cuenta correspondiente al año 1985:

“Hay que decir también que los recursos de queja han venido a reemplazar a los de casación y exigen un estudio laborioso porque la decisión comprende tanto los hechos como las cuestiones de derecho.

“Por tales motivos la Corte Suprema viene perdiendo poco a poco su carácter de Tribunal de Casación para convertirse en un Tribunal de segunda y hasta tercera instancia. Tal fenómeno judicial es también producto de la naturaleza un mucho bizantina de los recursos de casación especialmente del de fondo; por lo cual siendo más difícil evitar deficiencias en su formulación, los señores abogados recurren por la vía de la queja, recurso más comprensivo y menos prolijo, para obtener la anulación del fallo que consideran lesivo de los intereses de su cliente”(el destacado es nuestro).

A decir verdad, “la naturaleza bizantina” de los recursos de casación en buena medida no se debió a la ley, sino a interpretaciones de la propia Corte, en extremo formalistas, que hicieron y siguen haciendo, no obstante expresas reformas legales en contrario, prácticamente imposible que sean declarados admisibles. Ejemplo de ello es el requisito de que en el recurso debían señalarse detalladamente las normas legales que se consideraban mal aplicadas, lo que para la Corte se extendía no solamente a la disposición que se utilizó para resolver el caso, sino también a aquellas que no se emplearon, habiendo debido utilizarse. Ello muchas veces implicaba hacerse cargo del conjunto de la legislación nacional, bastando que a juicio de Corte no se citara una disposición pertinente, o se citara una erróneamente, para que el recurso fuera declarado inadmisibile.⁹⁷

A partir de esta realidad se desplegaron nuevos esfuerzos legislativos para restar argumentos a la Corte para declarar inadmisibles estos recursos. La Ley N° 18.705 de 1988 reguló el control de admisibilidad del recurso y fundió los escritos de anuncio y de formalización con que se interpone el recurso. La Ley N° 18.882 de 1989 prohibió declarar

⁹⁶ En virtud de esta Ley se crean también los abogados integrantes, llamados a sustituir transitoriamente a los ministros de la Corte ausentes, con lo que se asegura una capacidad de resolución constante.

⁹⁷ ¿Cuál es la función de la Corte si no es la de ella señalar las normas infringidas y su correcta aplicación?

inadmisible un recurso por no haberse mencionado todas las leyes infringidas, asunto que pasó a tener que resolverse en la sentencia. Esta modificación no tuvo ningún alcance práctico ya que la Corte siguió obrando exactamente como lo hacía previamente.

Otra iniciativa, que ya hemos mencionado, para recuperar el rol de la casación y evitar los efectos del formalismo imperante en la Corte, fue la incorporación de la facultad para casar de oficio, introducida por el DI N° 1.682 de 1977. En los hechos, esta facultad prácticamente no ha sido utilizada por la Corte, teniendo, por lo mismo, nula incidencia en el problema global que intentaba mejorar. Piedrabuena, señala que sólo ha podido rescatar 6 fallos publicados de la Corte haciendo uso de esta facultad (1995).⁹⁸

Paralelamente, en esas mismas leyes, se trató de incidir en el gran competidor de la casación: la queja, buscando reducir su ámbito de aplicación⁹⁹. Se procedió a reglamentarla pormenorizadamente, estableciéndose adicionalmente sanciones para el caso del rechazo unánime del recurso (pago de las costas y el de una multa). Incluso se amenazó en ella con sanciones disciplinarias al abogado que según la Corte lo hubiera interpuesto sin fundamento o “en forma temeraria”. (Artículo 549 Código Orgánico de Tribunales). Tampoco esta reforma implicó cambio alguno en la situación existente.

Especialmente interesantes resultan opiniones vertidas por la Corte Suprema en su informe respecto a estas últimas modificaciones. Allí el ministro Sr. Erbeta se opuso a las modificaciones al recurso de queja por estimar que tales reformas perseguían:

“... limitar gravemente su aplicación siendo que es el único recurso moderno, ágil y práctico con que cuentan los tribunales superiores para administrar justicia, y tales limitaciones en lo que toca a la Corte Suprema, son lindantes con su inconstitucionalidad dado lo que dispone el artículo 79 de la Carta Fundamental. **El recurso de queja tiene la ventaja de permitir el análisis de los hechos así como del derecho y no sólo cuando ha existido un claro abuso de un tribunal al emitir una resolución sino también cuando ésta se basa en un evidente error de derecho**”.

“El dejar únicamente el recurso de casación en el fondo para atacar sentencias definitivas y aun interlocutorias de las Cortes de Apelaciones – eliminando el recurso de queja- va a traer como consecuencia un grave atochamiento del Tribunal Supremo, lo que hará necesario, para salir de él, dictar en el futuro alguna ley que solucione el problema; el conocimiento cabal de un recurso de casación en el fondo lleva de ordinario al tribunal a destinarle enteramente una audiencia, pues se debe imponer en detalle de la demanda, de la contestación, el fallo de primera instancia y el de segunda, e íntegramente, además del recurso mismo. Ha ocurrido en algunos de ellos se señalan más de diez grupos de infracciones y cada grupo compuesto de muchos preceptos que se estiman no observados, todos los cuales es necesario analizar y estudiar uno a uno y aun así, dada la fijeza que tiene los hechos asentados por los tribunales de mérito, ha sido necesario para fallar el asunto en justicia, echar mano de recursos de queja que ordinariamente y para mayor seguridad, las parte suelen interponer. En el mismo lapso en que se conoce un recurso de casación, las Salas fallan seis o siete recursos de

⁹⁸ En un estudio anterior, de 236 sentencias de la Corte publicadas, hay una casación en el fondo de oficio en materia civil, contra 54 casaciones en la forma oficiosas (citado por Valenzuela, 1991)

⁹⁹ La queja solió ser más utilizada que la casación. Tenía menos costo y podía producir el mismo resultado. El sistema incentivaba el uso de la queja y devaluaba la casación.

queja, con el mismo resultado, respecto de la justicia. –el desatacado es nuestro- (citado por Piedrabuena, 1995)

En estas consideraciones el Sr. Erbetta no estuvo solo, ya que lo acompañaron los ministros señores Aburto, Retamal y Toro. Realmente el texto citado refleja con nitidez la filosofía que inspira a los ministros de la Corte y las dificultades que enfrenta transformar a ésta en un auténtico tribunal de derecho, a saber:

- 1º Se señala que la ventaja del recurso de queja es permitirle a la Corte examinar tanto los hechos como el derecho, con lo que es posible que ella haga “justicia”, lo que no sucede con el limitado recurso de casación. Se reconoce así que la Corte concibe su labor en función del caso concreto, más que en los intereses generales de la sociedad. Hacer justicia para la Corte es resolver adecuadamente un conflicto concreto, no fijar en forma general el sentido de las normas de nuestro ordenamiento.
- 2º Se señala que el recurso de queja no sólo sirve para repeler un abuso del tribunal, sino también un “evidente error de derecho”, reconociéndose la total desnaturalización de una facultad en sus orígenes exclusivamente disciplinaria.
- 3º Se alega que la casación es compleja de tramitar y fallar, en comparación con la queja. Pero, ¿resulta razonable invalidar a través de la queja todo un juicio sin imponerse “en detalle de la demanda, de la contestación, del fallo de primera instancia y del de segunda, e íntegramente, además, del recurso mismo”, que es lo que para el ministro citado exige la casación? Parecen ser ellos requisitos mínimos. Pero más allá de lo anterior y aun reconociendo que la casación puede ser más compleja y lenta que la queja, ¿significa por ello que es menos eficiente? Claro, ello puede parecer así si se observan sus efectos limitados al caso concreto en que incide. Pero, si se la concibe como un instrumento de efectos generales, que trasciende al caso concreto, la apreciación debe ser diferente.

El último y más sustantivo intento de reforma es el contenido en la ya citada Ley Nº 19.374 de 1995, que integró el paquete de reformas a la justicia iniciadas durante el gobierno del presidente Aylwin y concluyó durante la administración del presidente Frei. Tal reforma, como ya hemos indicado, persiguió explícitamente convertir, una vez más, a la Corte Suprema en un tribunal de derecho caracterizado por sus funciones de casación.

Para ello nuevamente se intentó circunscribir el recurso de queja. Con tal fin se redujo su procedencia sólo a resoluciones que no fueran susceptibles de ningún otro recurso.¹⁰⁰ Igualmente se vinculó el recurso al ejercicio de las facultades disciplinarias de la Corte pues prescribió que la sentencia que acogiera uno de estos recursos debía señalar las consideraciones precisas que demostraban la falta o abuso. Pero aún más significativa fue la obligación, en caso de acogerse el recurso de “aplicar las medidas disciplinarias que estime pertinentes, la que no podrá ser inferior a una amonestación privada”.

Con esta última obligación se pensó poner una valla considerable a la Corte, que ya no podría darle a estos recursos una finalidad jurisdiccional desde el momento en que quedó obligada, si lo acoge, a sancionar al juez o jueces que dictaron la resolución recurrida. Pese a que esta disposición pasó el control previo del Tribunal Constitucional, la Corte se negó a imponer sanciones disciplinarias cuando ello correspondía, declarando expresamente la inaplicabilidad de la norma, por estimar que tal exigencia atentaba contra sus potestades constitucionales para ejercer la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales de nación. La posición de la Corte resultó altamente polémica, no sólo por oponerse, con razones débiles, a la voluntad del legislador, sino además porque lo hizo sin guardar las formas que establece la Constitución para declarar inaplicable la ley. El predicamento de la Corte motivó al Congreso a introducir una modificación a la Carta

¹⁰⁰

Como veremos más adelante, esta es la reforma de mayores resultados prácticos.

Fundamental con el fin de imponerle la obligación de sancionar. Aun así la Corte continuó durante algún tiempo siendo renuente a hacerlo.

Como se verá en las cifras que se contienen a continuación, la reforma tuvo un decisivo impacto en disminuir el volumen de recursos de queja de que conoce la Corte e, indirectamente, en un fortalecimiento de la casación.

En lo que dice relación directamente con este último recurso, la reforma persiguió precisar las causales que la hacen procedente; permitir que en el recurso se consignen los motivos de "justicia" en que se funda la impugnación y establecer que las omisiones o errores en la fundamentación del recurso no habilitan para declarar su inadmisibilidad.¹⁰¹ Como ya se dijo, el cambio más innovador, aquél que permitía incorporar derechamente criterios de selectividad para el conocimiento de este recurso, no prosperó en definitiva. Para algunos, los cambios a la casación son bastante menores y de poca significación práctica.¹⁰²

Partiendo de la premisa, a nuestro juicio equivocada, de que la gratuidad de los trámites judiciales es una condición para la igualdad ante la ley y para posibilitar el acceso a la justicia, en la reforma en cuestión también se eliminaron las exigencias de consignación previa a la interposición de los recursos de casación y queja, así como las multas que se establecían contra el recurrente perdedor. Esta modificación tiene sentido en el caso de la casación, ya no por fines supuestamente igualitarios, sino en la medida que ésta sea considerada como un instrumento para la producción de bienes públicos, los que, como tales, exceden el beneficio privado y frente a los cuales el Estado tiene interés en su financiamiento para lograr su provisión óptima. Es claramente contradictoria en el caso de la queja, por todos los argumentos que hemos dado contra que la Corte Suprema invierta sus recursos en conocer de este recurso. Ahondaremos en estas cuestiones en la parte final de este estudio.

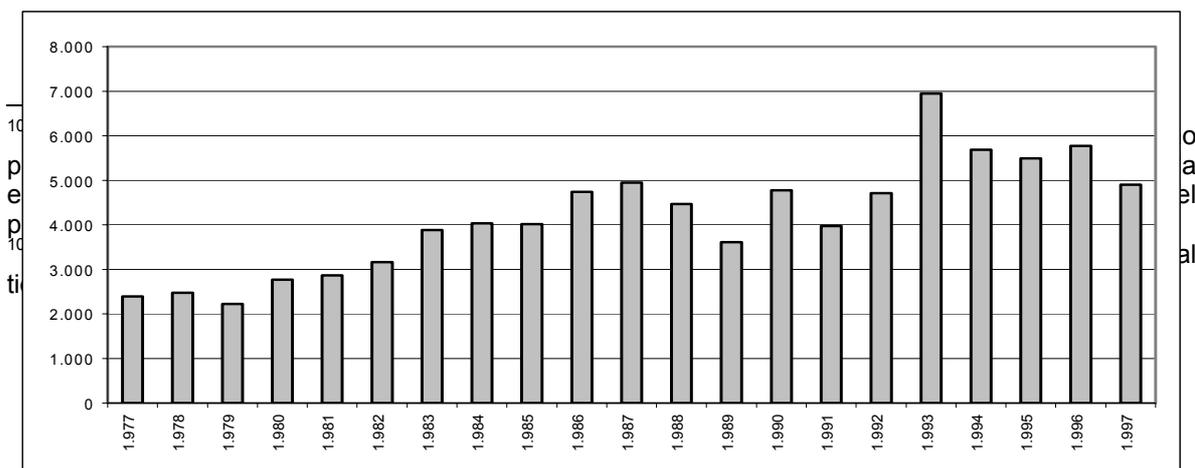
2.3 Relevancia cuantitativa de la casación

Como hemos venido sosteniendo, a la Corte Suprema le ha sido sumamente difícil a lo largo de su historia circunscribir su trabajo al de un tribunal de derecho al que fundamentalmente le corresponde entregar información a través de su jurisprudencia a la sociedad en general, más allá de los casos particulares que la ponen en movimiento. Las cifras respecto a su producción jurisdiccional avalan estas afirmaciones.

Para hacer tal examen primeramente nos concentraremos en la productividad general de la Corte, para luego ver el espacio que en ella tienen los recursos de casación y queja, así como la evolución que ellos han experimentado en el último tiempo, en forma desagregada.

En el gráfico que sigue se contiene la evolución que han experimentado los asuntos resueltos por la Corte, en el período transcurrido entre los años 1977 y 1997:

Gráfico N° 1
Evolución de los fallos de la Corte Suprema



FUENTES: Anuarios de estadísticas judiciales del INE, cuenta anual del Presidente de la Corte Suprema.

Como puede observarse, la evolución es bastante irregular, lo que no obsta a que al fin del período la Corte ponga término a una cantidad significativamente mayor de causas. Así, en el año 1995 la Corte terminó un 129% más de causas que en 1977. Aun siendo significativa esa cifra, resulta bastante inferior al crecimiento de las causas terminadas por los tribunales de primera instancia, el que alcanzó en ese mismo período un 228%.

La variación en la dotación de ministros con que cuenta la Corte no se correlaciona exactamente con los cambios que experimenta su productividad. Si bien, en general, la llegada de nuevos ministros implica un aumento de los fallos totales, ello también tiene excepciones. Aparentemente, en la mayor productividad por ministro intervienen políticas concretas desplegadas al interior de la Corte.

Cuadro N° 13
Relación entre número de fallos y de ministros de la Corte Suprema¹⁰³

	Nº de fallos	Nº de ministros	fallos / ministros
1.977	2.388	13	184
1.978	2.471	13	190
1.979	2.225	13	171
1.980	2.765	13	213
1.981	2.863	13	220
1.982	3.162	13	243
1.983	3.882	13	299
1.984	4.033	16	252
1.985	4.012	16	251
1.986	4.738	16	296
1.987	4.951	16	309
1.988	4.467	17	263
1.989	3.610	17	212
1.990	4.776	17	281
1.991	3.970	17	234
1.992	4.711	17	277
1.993	6.949	17	409
1.994	5.689	17	335
1.995	5.491	17	323
1.996	5.771	17	339
1.997	4.902	21	233

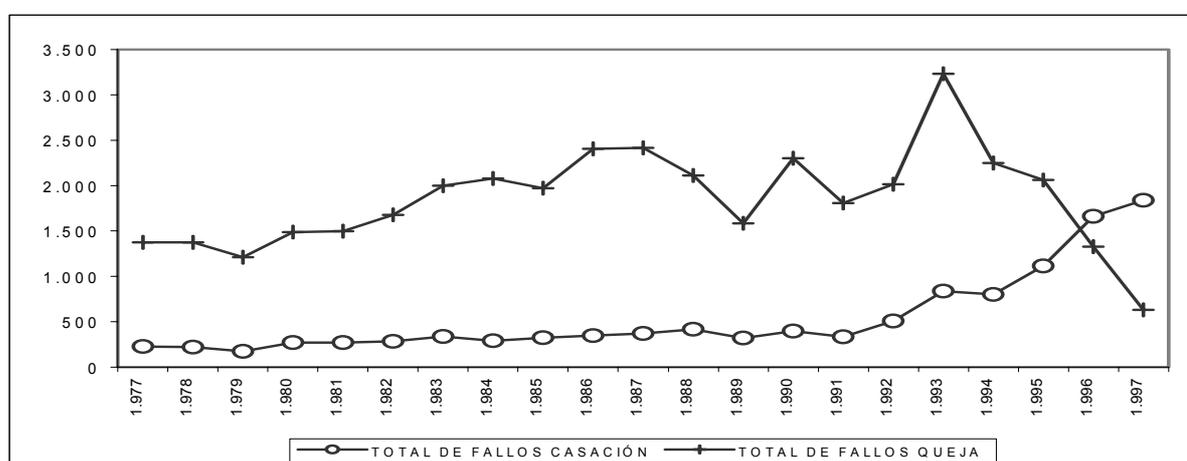
FUENTES: Idem.

¹⁰³ Los aumentos experimentados en los años 1984, 1988 y 1997 se producen en el transcurso del año, lo que distorsiona el cálculo de asuntos terminados per cápita.

Sin dudas, entre los asuntos fallados por la Corte durante ese período, los recursos de queja tienen una preeminencia innegable. Ellos representan, en promedio, el 44% del trabajo total de la Corte, contra el 13% a que ascienden los recursos de casación en el fondo y un 43% de otros asuntos.

Pese a que algunos piensan que es injustificado sostener una relación inversa entre quejas y casaciones –a mayor número de quejas, menor de casaciones –, aduciendo que la Corte tiene otras competencias, en asuntos distintos a las quejas, que inciden en su productividad general (Piedrabuena, 1995), lo cierto es que aparentemente el crecimiento de unas históricamente ha ido ligado al decrecimiento de la otra, como se comprueba al analizar la secuencia completa del período 1977 – 1997.

Gráfico N° 2
Evolución de las causas totales terminadas
y en los recursos de casación en el fondo y queja
1977 - 1997

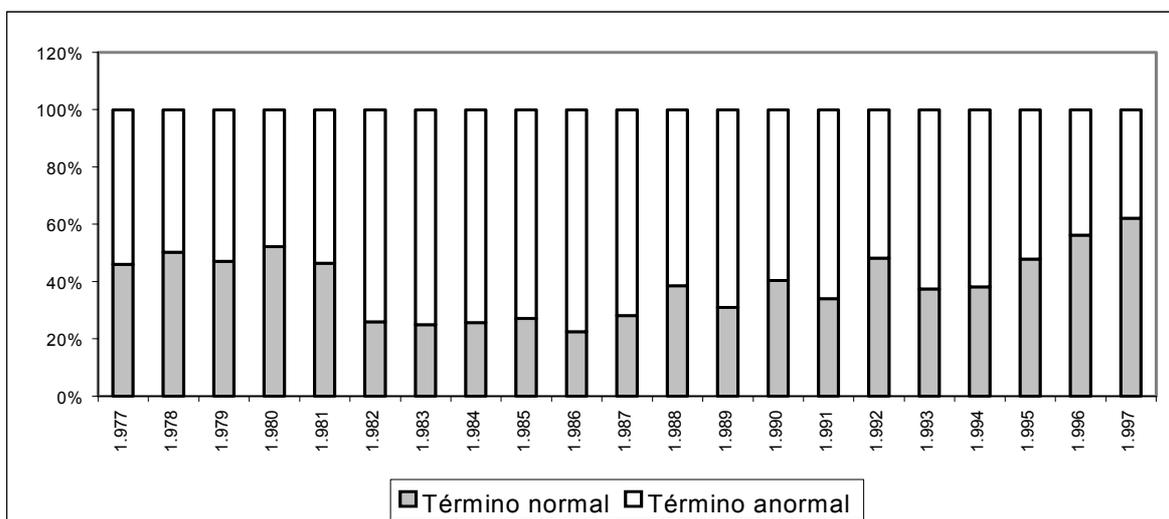


FUENTES: Idem.

Particularmente importante resultan los efectos de la reforma legal de 1995, la que permite que por primera vez se revierta la situación que señalábamos caracterizaba el período –preeminencia de la queja sobre la casación en el fondo –, experimentándose un crecimiento significativamente de la casación a costa de la queja.

Igualmente, tal reforma parece revertir el fenómeno del aumento constante durante el período de las causales anormales de término: recursos declarados inadmisibles, desistidos, declarados desiertos o archivados; por sobre las causales que podríamos llamar normales: recursos fallados, ya sea en forma positiva (acogidos) o negativa (rechazados). Los casos extremos los constituyen el año 1986, en que un 78% de las causas terminadas lo fueron por motivos anormales, y el año 1997, en que tal porcentaje es sólo de un 38%. En el siguiente gráfico es posible apreciar la evolución a lo largo del período.

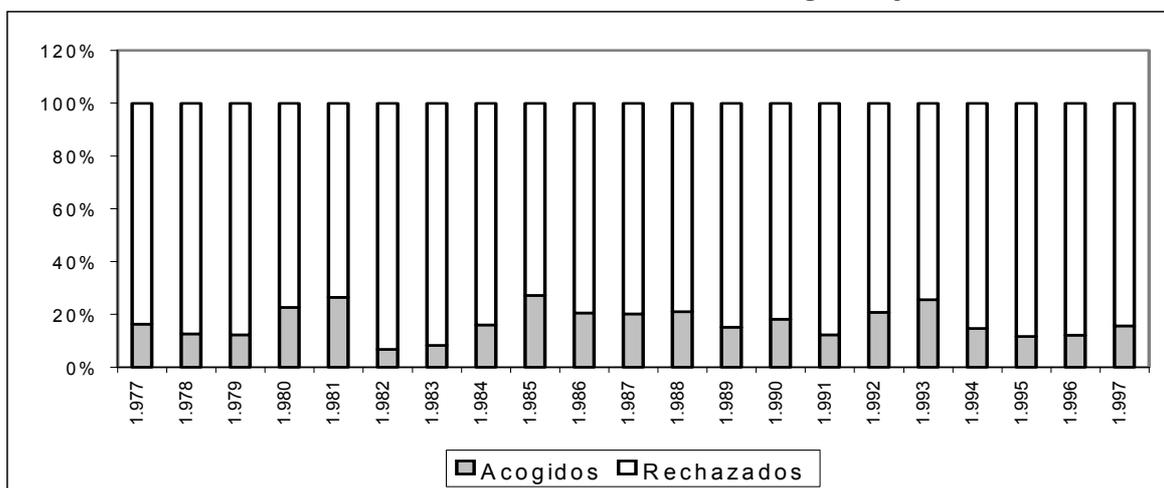
Gráfico N° 3
Relación entre los recursos de casación en el fondo
terminados en forma normal y anormal
1977 – 1997



FUENTES: Idem.

Donde no se nota un cambio significativo es en la relación entre recursos de casación en el fondo acogidos y rechazados, tal como se observa en el siguiente gráfico.

Gráfico N° 4
Evolución recursos de casación en el fondo acogidos y rechazados



FUENTES: Idem.

En promedio, en el lapso que va entre 1990 y 1997, sólo un 15% del total de los recursos de casación en el fondo terminados por sentencia, fueron acogidos. Ello debe contrastarse con el 29% promedio de recursos de queja acogidos en el mismo período, lo que resulta ser más que un poderoso argumento para que los abogados prefirieran éstos sobre aquéllos.

Analizadas en particular el comportamiento de los recursos de casación en el fondo en materia civil, en el período transcurrido entre 1990 y 1997, encontramos que presentan un comportamiento bastante similar al correspondiente a los recursos totales de esa especie. En promedio, un 49% de ellos termina por sentencia. En el año 1997, los términos anormales se habían reducido a un 32%. De tales sentencias, un 14% de ellas acogen el recurso.

En términos de relevancia del recurso de casación en materia civil, frente al trabajo general de los tribunales de justicia, podemos notar que en el período 1990 – 1995 (último año en que tenemos estadísticas generales del trabajo judicial), se nota un aumento de la relación entre recursos interpuestos y causas civiles ingresadas, aunque con oscilaciones marcadas. En 1990 se interponían 1,17 casaciones por cada 1.000 causas civiles ingresadas. Ese índice sube a 2,22 en el año 1995. Otro tanto sucede al comparar los recursos de casación en el fondo civil terminados y las causas civiles terminadas y los recursos de casación en el fondo civiles terminados por sentencia y las causas civiles terminadas por sentencia o avenimiento. Llama la atención que éste último corresponde al índice más alto –2,98 recursos de casación en el fondo civiles terminados por sentencia por cada 1.000 sentencias o avenimientos dictados en primera instancia sobre causas civiles -, lo que implica que su tasa de resolución con sentencia, en ese año, es superior a la de la justicia de primera instancia.

Cuadro N° 14
Relación entre asuntos civiles de primera instancia
y recursos de casación en el fondo civiles

	RCFC¹⁰⁴ Ingresados	RCFC ingresados c/1.000 CC¹⁰⁵ ingresadas	RCFC terminados	RCFC terminados c/ 1.000 CC terminadas	RCFC terminados por sentencia	RCFC terminados con sentencia c/ 1.000 CC terminadas por sentencia o avenimiento
1990	342	1,17	262	0,93	103	1,18
1991	400	1,35	226	0,84	62	0,72
1992	519	1,90	306	1,19	110	1,37
1993	484	1,42	568	2,04	178	1,97
1994	308	0,72	539	1,79	140	1,51
1995	1.004	2,22	742	1,92	297	2,98

En cuanto a la distribución por materia de las casaciones, se aprecia que hay una sobrerrepresentación en los ingresos de las casaciones en el fondo civiles frente a las criminales, si se las compara con los ingresos de causas en primera instancia. Tal situación tiende a atenuarse al analizar los recursos terminados por sentencia.

¹⁰⁴ RCFC = Recurso de Casación en la Forma Civiles

¹⁰⁵ CC = Causas Civiles

Cuadro N° 15
Distribución de los recursos de casación por materias
en comparación con ingresos de primera instancia

	INGRESADOS		TERMINADOS POR SENTENCIA	
	% CIVILES	% CRIMINALES	% CIVILES	% CRIMINALES
Causas ingresadas en primera instancia (% sobre el total)	31%	45%	26%	53%
Recursos de casación en el fondo (% sobre el total)	67%	33%	53%	47%

2.4 Relevancia cualitativa de la casación

Si bien en los números aparentemente la casación tiende en los últimos años a cobrar la importancia que el legislador siempre quiso que tuviera, ello no resulta suficiente para acreditar que a través de ella efectivamente se están generando los bienes públicos (información), que debe entregar. En otros términos, hay que hacer un análisis adicional de carácter cualitativo para apreciar si efectivamente la casación está teniendo el efecto uniformador sobre la jurisprudencia de los tribunales de la República, justificándose que sea entregada esta función a una entidad pública financiada íntegramente por el Estado.

Realizar un estudio de tal naturaleza excede los objetivos de este trabajo. Sin embargo, las percepciones existentes en el medio dan cuenta de una impresión generalizada en el sentido que la casación no está cumpliendo con tal misión. Esta percepción se ve ratificada por las opiniones de 4 ministros de las Cortes de Apelaciones de Santiago y de San Miguel y de 6 jueces civiles de esas mismas jurisdicciones, a quienes entrevistamos en profundidad sobre estas cuestiones. Las respuestas recibidas relativizan fuertemente el efecto de los fallos de la Corte Suprema sobre sus inferiores.

Así, un Juez de primera instancia opina que: “Si bien no se puede desconocer que la Corte Suprema es la Corte Suprema, yo soy bastante independiente en mi criterio, hay veces que no comparto la jurisprudencia y expongo mis propias razones”.

Esta opinión es bastante representativa de la de sus colegas y, en principio, parece correcta, dadas las características de nuestro ordenamiento jurídico, en que los fallos sólo tienen efecto en el caso concreto que se dictan y no en otros por similares que sean. Sin embargo, llama la atención que la jurisprudencia no se utiliza ni siquiera como referencia, por deficiencias muy básicas, como la posibilidad de acceso a ella, tal como lo señala este otro juez: “Fallo muy poco basándome en la jurisprudencia, a lo más una idea, porque es complicado acceder a ellas. Además uno encuentra jurisprudencia de hace 20 años atrás y ya sabes que está obsoleto. Quiero aclarar que yo con la Corte Suprema tengo muy poca relación y la opinión de la Corte Suprema pocas veces la veo”

Otro tanto les sucede a los Ministros de Corte consultados. Como expresa uno de ellos: “En principio, yo no consulto fallos anteriores para resolver un conflicto, para no **contaminar** la decisión del tribunal. Trato de desarrollar el fallo con los antecedentes del propio proceso, con lo acordado en la sala y con los principios legales que informan la materia. Así que hace muchos años que deje de consultar la jurisprudencia para resolver mis asuntos” (el destacado es nuestro).

Pero al igual que en el caso de los jueces, el desuso de la jurisprudencia de la Corte Suprema también se funda en razones de otra índole. “Yo creo –señala otro ministro- que la Corte Suprema, desde hace muchos años dejó de ser una corte que entregue jurisprudencia,

porque delega mucho sus funciones, en cuanto a las sentencias, en los relatores y ya no interesa un fallo como ese.”

De los 10 jueces y ministros entrevistados, sólo uno reconoció que la jurisprudencia tiene un alto impacto en su trabajo.

Respecto a los diversos recursos de que conoce la Corte Suprema, al que mayor relevancia le asignaron los magistrados entrevistados a la hora de evaluar el impacto de la jurisprudencia, es al de protección (50%), seguido por la casación en el fondo (40%), la casación en la forma (30%) y la inaplicabilidad (20%). Resulta especialmente importante constatar que ninguno de los jueces y ministros entrevistados le asigna relevancia alguna a la queja, el que hemos visto ha sido tradicionalmente el expediente más utilizado por la Corte Suprema para resolver asuntos. Las razones las resume una de las jueces consultadas de la siguiente manera: “El recurso de queja no –tiene importancia en su trabajo -, porque me parecen pobres en la argumentación, no son interesantes.”

Las respuestas anteriores contrastan con la necesidad que declaran los mismos entrevistados de que aspectos oscuros en la legislación fueran aclarados por la Corte Suprema a través de recurso de casación en el fondo, para así orientar su propio trabajo.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Entre los asuntos mencionados podemos destacar los siguientes: problemas relativos a sociedades, acción pauliana, indemnización por daño moral en la responsabilidad contractual, abuso del derecho, prescripción de la acción pública.

3. LA JURISDICCIÓN CIVIL/COMERCIAL

A lo largo del presente trabajo hemos venido sosteniendo que la resolución de los problemas de índole civil y comercial que afectan a los sujetos no constituye en sí un bien público como para justificar la intervención del Estado en su provisión. Ello no obsta a la existencia de externalidades en la materia, las que se refieren al beneficio general que le reporta a la comunidad la resolución conforme a derecho de los conflictos que se generan en su interior. Tal forma de resolución produce varias externalidades positivas: canaliza de modo pacífico los conflictos, evitando el recurso a la fuerza que, como hemos dicho, produce externalidades negativas sobre la convivencia social; genera la conciencia de que existe un sistema que realmente funciona para el reconocimiento formal de los derechos y para el cumplimiento forzado de las obligaciones, facilitando así la asignación eficiente de los recursos y disminuyendo por ende los costos de transacción, es decir los costos que importa negociar un acuerdo y lograr su cumplimiento; indica, también, el sentido y alcance que los tribunales atribuyen a los derechos, incentivando a las partes a ajustar su conducta a tal interpretación, pues será ella la que primará en caso de generarse un conflicto que llegue a los tribunales. De tal forma, si bien los resultados de un juicio civil afectan y benefician principalmente a las partes que intervienen en él, también benefician indirectamente a la totalidad de la comunidad que reduce así su incertidumbre sobre la titularidad de los derechos y experimenta desincentivos para el incumplimiento de los contratos y la realización de otro tipo de conductas oportunistas.¹⁰⁷

Estos efectos de la jurisdicción civil y comercial son los que justifican que el Estado concurra a su financiamiento y, eventualmente, a su producción, cuando ello fuere el mecanismo más eficiente. Obviamente, para que la oferta de los servicios de resolución de estos conflictos sea eficiente se requiere que la intervención estatal – financiamiento - cubra exactamente aquella parte de sus beneficios que no internalizan las partes directas del pleito.¹⁰⁸ Sólo de esa forma es posible asegurar una provisión eficiente del bien, pues como las nociones básicas de economía nos enseñan, si se cubre menos habrá una menor oferta y a un precio más alto que el socialmente adecuado y, si se cubre más, habrá una mayor oferta y a un precio más bajo que el socialmente adecuado.¹⁰⁹

Independientemente del juicio que podamos formular sobre la eficiencia de que sea el Estado quien asuma directamente la provisión de los servicios de justicia a través de tribunales públicos, cuestión que veremos más adelante, parece pertinente evaluar si efectivamente los recursos que allí se están destinando¹¹⁰ generan efectivamente las externalidades positivas que hemos destacado y en qué medida. Son varias las preguntas que es posible formular al respecto.¹¹¹

¹⁰⁷ En Chile no se acepta la interposición de demandas de interés público en el orden civil, es decir aquellas demandas en que los interesados son un amplio conjunto de personas o la comunidad toda, las cuales pueden verse beneficiadas sin tener que hacerse parte formal en el litigio.

¹⁰⁸ Debe tenerse presente que son ambas partes en un pleito, no sólo el demandante, quienes internalizan beneficios con él y por los cuales están dispuestos a pagar. Del mismo modo, no sólo las sentencias favorables al demandante generan externalidades positivas, sino también aquellas que dan la razón al demandado, pues ambas tienen la virtualidad de asignar titularidades de derechos y de evitar conductas oportunistas.

¹⁰⁹ Socialmente adecuado en función al uso alternativo más eficiente de los recursos.

¹¹⁰ Tal como lo señalamos en un comienzo, el análisis que sigue está circunscrito a la justicia civil y comercial.

¹¹¹ Para los efectos de este estudio los análisis se limitan a la carga de trabajo experimentada por la primera instancia del poder judicial - Juzgados de Letras -, pues es por allí por donde ingresan este tipo de causas, evitándose así una doble contabilización de las mismas.

3.1 Grado de heterogeneidad de la carga de trabajo de la justicia chilena

La primera cuestión que cabe analizar es cuán heterogénea es la oferta de tutela jurídica real que ofrecen los tribunales. En otras palabras, se trata de cuestionarse si ingresan a la justicia civil y comercial - y ella resuelve - la variedad de conflictos relevantes que acecen en la comunidad. El efecto “disuasivo” que le hemos asignado al sistema judicial sólo es posible de obtener si éste efectivamente está conociendo y solucionando los diversos tipos de conflictos que se suscitan en la comunidad, en una proporción que además debe ser similar a aquella en que ocurren.

No tenemos indicadores precisos para medir lo que podría denominarse “la cifra oscura” de conflictos que no llegan a los tribunales en el ámbito civil y comercial. En materia penal – aún cuando allí la información también es precaria – se encuentran adelantadas metodologías para medirla a través de las llamadas encuestas de victimización. Pero en la competencia civil el tema es sustancialmente más complejo, pues no es sencillo siquiera definir un concepto de demanda latente, para luego poder diseñar instrumentos para medirla.

No es sencillo, en primer lugar, porque no se sabe con certeza cuándo la solución de un conflicto de esta naturaleza escapa de las manos de los propios interesados, siendo necesario que acudan a un tercero para ello. En segundo lugar muchas veces las personas ni siquiera saben que algunos de sus derechos están siendo burlados o lesionados, frente a lo cual podrían solicitar la tutela del sistema judicial.¹¹² Se trata este de un sector con cuotas amplias de marginalidad que distorsionan cualquier análisis. En tercer lugar, la incertidumbre respecto a los costos asociados al litigar limitan la capacidad de los actores para tomar decisiones socialmente eficientes.¹¹³ Es decir, pueden perfectamente haber casos que ingresen al sistema pese a que el beneficio probable a obtener con ello sea inferior a los costos y viceversa.¹¹⁴

Así y todo tenemos indicios fuertes para sostener que el efecto disuasivo de nuestra justicia civil y comercial es en extremo tenue, los que pasaremos a exponer.

3.1.1 Los tribunales no se dedican sólo a resolver conflictos.

En promedio, entre los años 1977 y 1995, un 22% de las causas de naturaleza civil y comercial que ingresan a nuestros tribunales correspondieron a asuntos voluntarios, en donde no existe un conflicto entre dos partes que deba ser resuelto por un juez. En este tipo de asuntos, los tribunales actúan como oficinas administrativas en las que deben realizarse ciertos trámites previos a la obtención de un beneficio o al reconocimiento de un derecho. Entre este tipo de causas se encuentran, entre otras, las rectificaciones de partidas de nacimiento (cambios de nombres), las posesiones efectivas de herencias (trámite necesario

¹¹² Las principales conclusiones de una encuesta practicada sobre el tema a sectores pobres urbanos indicaron lo siguiente:

“1° La gran mayoría de los encuestados declaró conocer poco o nada sus derechos en relación a la Justicia.

“2° El desconocimiento de estos derechos influyó negativamente, y de modo considerable, tanto la denuncia como la presentación a un Juzgado de los problemas legales.

“3° Hubo el mayor consenso para estimar que darle a conocer sus derechos a la gente era uno de los tres cambios más importantes que habría que introducir para mejorar la Justicia en Chile” (Correa y Barros, 1993)

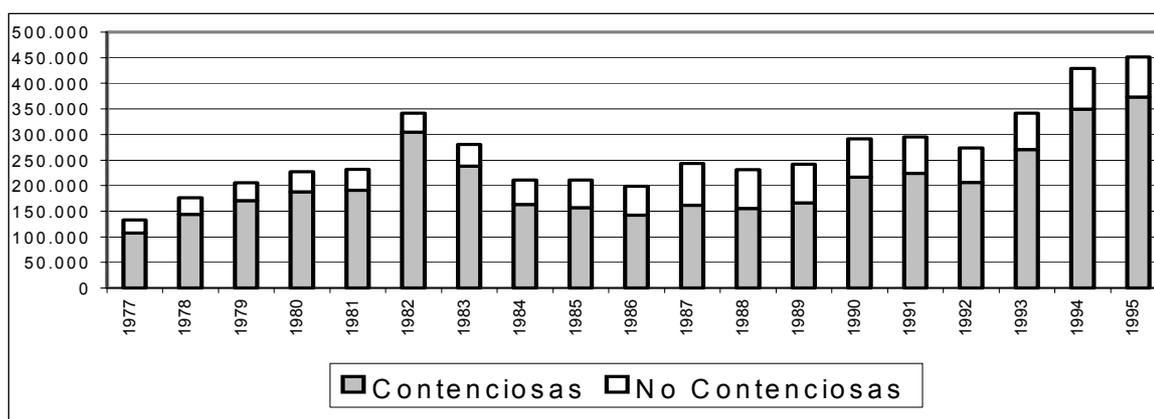
¹¹³ Aun cuando individualmente sea esa la decisión más racional y eficiente, dados los costos inherentes a obtener información completa.

¹¹⁴ Por supuesto que los beneficios de demandar o defenderse para un sujeto pueden provenir de razones diferentes a las directamente monetarias, como el ánimo de venganza.

para poder disponer de los bienes hereditarios) y las manifestaciones mineras (para el reconocimiento del derecho a explotar una mina).

En el período transcurrido entre los años 1977 y 1995, las causas voluntarias representaron un mínimo de un 16,74% en 1979, del total de las causas civiles ingresadas, y un máximo de un 33,67% en 1987, como se observa en el siguiente gráfico.

Gráfico N° 5
Distribución de las causas contenciosas
y voluntarias ingresadas 1977-1995
(%)



FUENTE: Anuarios de estadísticas judiciales del Instituto Nacional de Estadísticas

No existen buenas razones para justificar que estas causas ingresen al sistema judicial. Trámites de características similares se realizan ante órganos de la administración sin mayores problemas.¹¹⁵ Sólo en el caso de que alguno de estos asuntos llegara a suscitar una controversia, surgiendo alguien que se opusiera a la pretensión del peticionario, puede justificarse la intervención en ellos de un juez. Obviamente, en tal caso el asunto ha dejado de ser voluntario para transformarse en un juicio contencioso que se someterá a las reglas y procedimientos que para éstos se han establecido.

Dado que estos asuntos no se compadecen con la función de los tribunales, no es posible atribuirles el efecto disuasivo que a la solución de conflictos les asignábamos.

3.1.2 Los asuntos de que conoce el sistema judicial son en extremo homogéneos

Hemos identificado como beneficios sociales que exceden a los privados, o externalidades positivas, de un juicio civil, los que provienen del efecto disuasivo que sobre el resto de la comunidad arroja una acción judicial. Para que tal efecto se produzca en la generalidad de asuntos que son de interés para la comunidad, es necesario que ellos ingresen al sistema en una proporción al menos similar a aquella en que dichos problemas se generan. Si algunos problemas quedan excluidos del sistema, no es posible sostener quem, ante problemas similares, se produce tal efecto disuasivo.

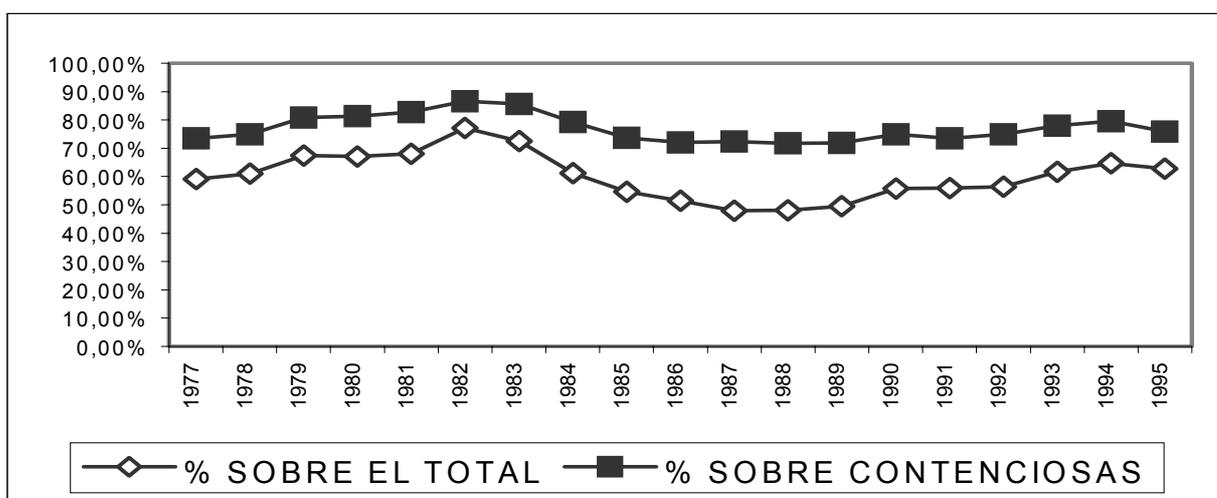
Si los tribunales concentran su atención, de manera relevante, sólo en una pocas categorías de asuntos, no es posible que genere información que le permita a los ciudadanos conocer el sentido y límite de sus derechos en las restantes.

¹¹⁵

Para un desarrollo más extenso de esta argumentación Vid Capítulo 6 Supra.

La enorme mayoría de las causas que entran a los tribunales con competencia civil y comercial consisten en cobranzas de créditos.¹¹⁶ En el período transcurrido entre los años 1977 y 1985, las cobranzas representaron entre un 48% en 1987 y un 77% en 1982, del total de los ingresos. Si se contabilizan solamente las causas contenciosas, el porcentaje que ellas alcanzan oscila entre un mínimo de 72% en 1988, a un máximo de 87% en 1982.

Gráfico N° 6
Incidencia de las cobranzas judiciales ingresadas sobre los ingresos judiciales
totales de primera instancia (1977-1995)
(%)



FUENTE: Anuarios de estadísticas judiciales del Instituto Nacional de Estadísticas

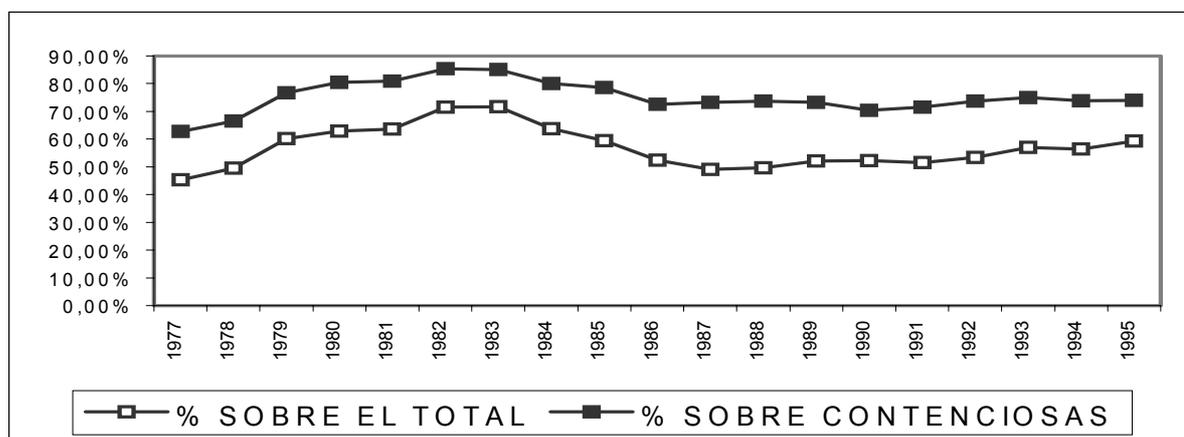
Como puede observarse, las cobranzas en relación al resto de los ingresos (y también en cifras absolutas¹¹⁷) crecen significativamente durante la crisis económica de comienzos de la década de los 80, para luego caer y volver a aumentar en los 90, claro que alcanzando una menor proporción.

Los resultados son bastante similares al observar la incidencia de las cobranzas sobre el total de causas que terminan los tribunales con competencia civil y comercial, tal como se observa en el siguiente gráfico y cuadro.

¹¹⁶ Consideramos dentro de las cobranzas judiciales a las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva y a los juicios ejecutivos propiamente tales.

¹¹⁷ Las cobranzas fueron 157.930 en el año 1981, subiendo a 263.510 en el 82. Al final del período serían 283.185.

Gráfico N° 7
Incidencia de las cobranzas judiciales terminadas sobre las causas terminadas totales de primera instancia (1977-1995)
 (%)



FUENTE: Anuarios de estadísticas judiciales del Instituto Nacional de Estadísticas

Cuadro N° 16
Comparación incidencia de cobranzas ingresadas y terminadas 1977-1995

	Mínimo	Año	Máximo	Año
Cobranzas ingresadas sobre el total	47,99	1987	77,11	1982
Cobranzas terminadas sobre el total	45,31	1977	71,65	1983
Cobranzas ingresadas sobre contenciosas	71,79	1988	86,63	1982
Cobranzas terminadas sobre contenciosas	62,85	1977	85,35	1982

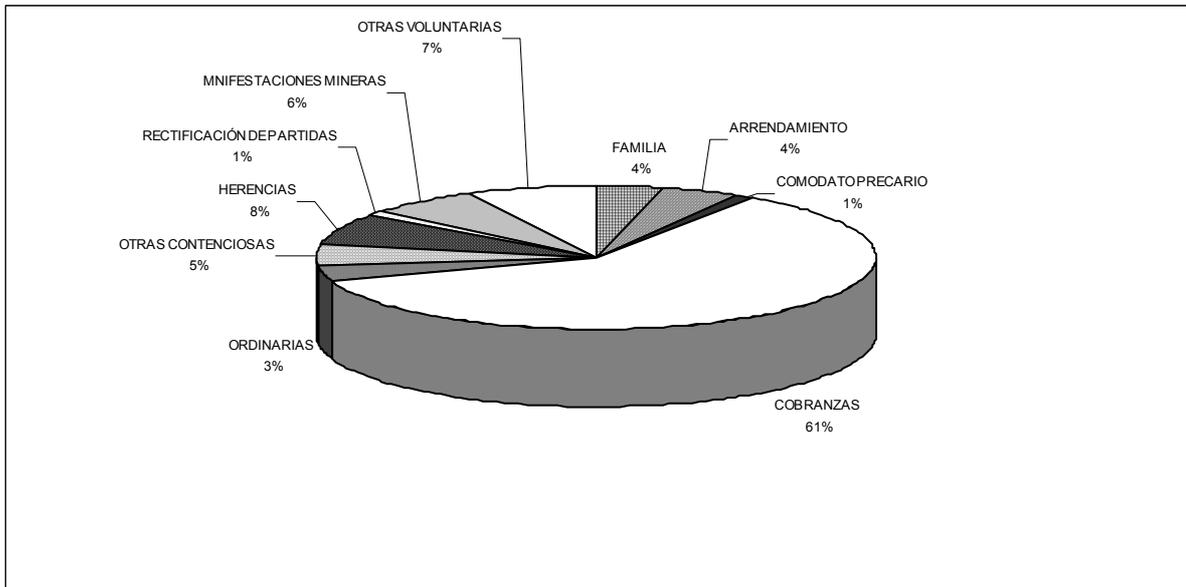
FUENTE: Anuarios de estadísticas judiciales del Instituto Nacional de Estadísticas

Este cuadro ratifica lo que venimos diciendo. El punto más alto tanto, respecto al ingreso como al término de cobranzas, ya sea en relación al total de ellas o a las contenciosas, se produce a propósito de la crisis de los años 82-83. El mínimo en cambio varía, tratándose de causas ingresadas, ya sea respecto al total o a las contenciosas, se produce en los años 87-88. Respecto de las terminadas, se produce al comienzo del período en 1977.

La extrema concentración de los asuntos a los que se dedica el sistema en una sola y particular materia permite presumir que sólo en ésta es esperable un efecto disuasivo fuerte sobre la comunidad, viéndose en la misma medida restringido en las restantes.

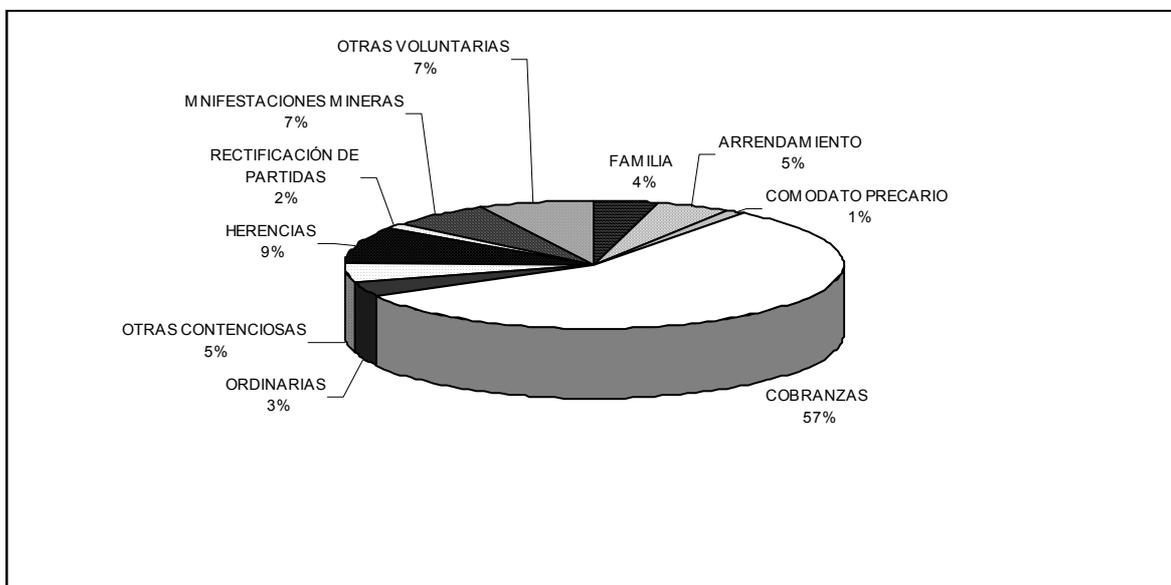
En los gráficos que siguen se contienen la distribución porcentual de los diversos tipos de asuntos de que se ocupa el Poder Judicial en la primera instancia (causas ingresadas y terminadas). Las causas han sido agrupadas, en lo posible, por materias afines, pero ello no es posible en todas las situaciones ya que las estadísticas judiciales no lo permiten, pues ellas registran tipos de procedimientos que pueden englobar materias muy diversas, como sucede, por ejemplo, con la categoría juicio ordinario.

Gráfico N° 8
Distribución porcentual promedio de las
causas totales ingresadas a primera instancia
1977-1995



FUENTE: Anuario de Estadísticas Judiciales del Instituto Nacional de Estadísticas

Gráfico N° 9
Distribución porcentual promedio de las
causas totales terminadas a primera instancia
1977-1995



3.1.3 Los actores de los procesos judiciales tampoco son variados

No sólo por su volumen hegemónico se puede sostener que las cobranzas limitan el efecto disuasivo del sistema judicial, sino también por las calidades de los sujetos que actúan como demandantes en ellas, pues ellos son, en una amplia mayoría, las grandes instituciones financieras, casas comerciales y empresas del país. De allí es posible derivar que la idea de que en Chile las deudas se pagan porque existe el efecto intimidatorio de un sistema eficiente de cobro judicial, no alcanza necesariamente a las acreencias cuyos titulares son simples sujetos privados.

A continuación se contienen los datos correspondientes a los ingresos de causas de cobranzas durante el año 1996 en el 6° Juzgado Civil de Santiago, el cual fue elegido al azar con el fin de validar nuestra hipótesis de concentración de los asuntos no sólo en cuanto a la materia, sino también en cuanto a la calidad de los demandantes.¹¹⁸

¹¹⁸ La distribución de causas nuevas entre los distintos juzgados civiles de Santiago se realiza a través de un sistema computacional que discrimina entre diferentes materias, lo que permite asegurar que todos los juzgados tienen una carga análoga, no sólo en cuanto a volumen sino también en cuanto a complejidad. El sistema impide también que una misma causa se presente más de una vez para alterar la distribución.

Cuadro N° 17
Clasificación de los demandantes en juicios de cobranzas
6° Juzgado Civil – 1996

Demandante	Cantidad	Porcentaje
Banco e Instituciones Financieras	1.176	36,05%
Casas comerciales	335	10,27%
Otras sociedades	1.182	36,24%
Personas Naturales	569	17,44%
TOTAL	3.262	100,00%

FUENTE: Libro de ingresos 6° Juzgado Civil de Santiago

Del estudio realizado no sólo llama la atención que un 82,56% de las causas hayan sido iniciadas por sociedades, sino también que el 17,44% restante de causas en que los demandantes son personas naturales corresponden, en más de un 70% a cuatro personas, las que muy probablemente actuaban en comisión de cobranza de esos mismos grandes acreedores. Se puede colegir así que existe una fuerte concentración de los actores del sistema de cobranzas judiciales, que independientemente que guarde relación con la concentración general en el país del mercado del crédito, indica que el efecto intimidatorio de la justicia sólo opera frente a las deudas que se tienen con esos acreedores.

Al otorgarse por el Estado en forma gratuita los servicios judiciales, éstos se comportan como un bien común, sucediendo también en este caso el fenómeno que caracteriza a ese tipo de bienes, llamado “la tragedia de los comunes”. De acuerdo a éste, como cada uno de los actores no internaliza todos los costos que implica consumir el bien (usar los servicios judiciales), existe una tendencia a la sobreexplotación de los mismos, que lleva a agotar ciertos bienes comunes o, como en este caso, a excluir del consumo a ciertos sujetos. La exclusión en el caso judicial opera básicamente producto del alargamiento de los juicios (único factor de ajuste en el caso de los servicios judiciales, al no existir un precio por los mismos), que lleva a que resulte más caro soportar los costos privados de intentar juicios (abogados, traslados, tiempo, etc.) que no hacerlo.

3.1.4 Los problemas de las personas pobres están subrepresentados

Sólo por vía indicativa, para tener alguna idea aproximada de la congruencia del trabajo judicial en materia civil y comercial con los problemas que las personas pobres de nuestro país manifiestan tener, procedimos a comparar los datos de los ingresos y productividad judicial con aquellos contenidos en la encuesta practicada por encargo de CPU en el año 1992 a personas pobres que habitan las grandes ciudades del país. La encuesta se practicó a 1.642 a hombres y mujeres de los niveles socioeconómico D y E, residentes en Santiago, Valparaíso-Viña del Mar y Concepción-Talcahuano. Sus resultados se encuentran publicados en Correa y Barros, editores, 1993.

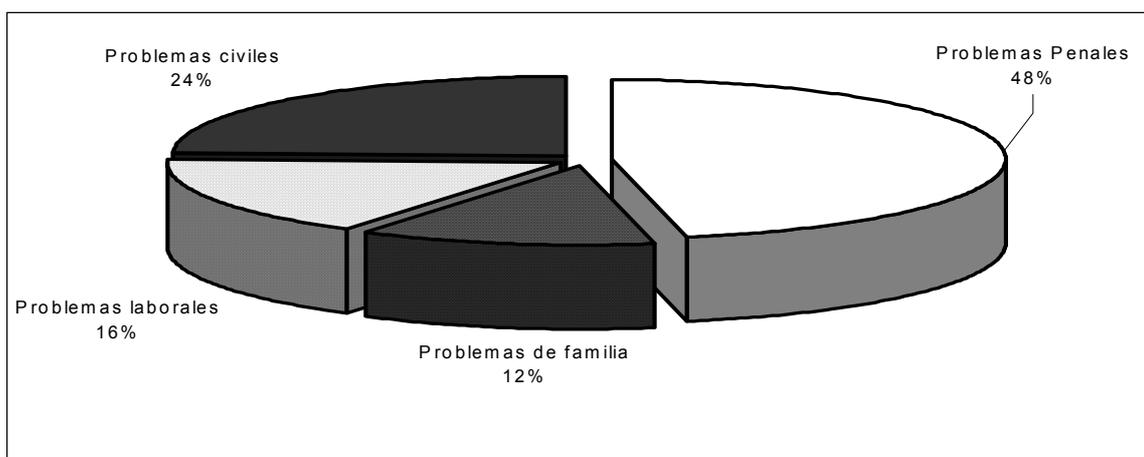
La encuesta perseguía medir el grado de marginalidad existente frente a los servicios de justicia, así como la percepción de las personas pobres respecto a ellos. En tal sentido, resulta idónea a nuestros fines de apreciar si el efecto disuasivo que se le atribuye a la justicia realmente opera en todos los segmentos de la población, específicamente en el de los más pobres, tema que se relaciona con la focalización de los gastos en justicia que, como hemos dicho, analizaremos en el capítulo siguiente. Debe considerarse que la información recolectada puede estar distorsionada por dos factores. Por una parte por el desconocimiento de vocablos legales y tecnicismos que puede impedir catalogar adecuadamente las distintas situaciones y hacerlas comparables con las estadísticas

judiciales y, por la otra, porque la encuesta sólo apela a los recuerdos y percepciones de los entrevistados y no a antecedentes objetivos.

Se les preguntó a los encuestados por los problemas legales que había experimentado él o su grupo familiar, debiendo escoger dentro de una lista que se les presentaba. Clasificando, los distintos problemas conforme a su materia se obtiene que algo menos del 25% corresponden a problemas de índole civil o comercial. A continuación se grafican estos datos:

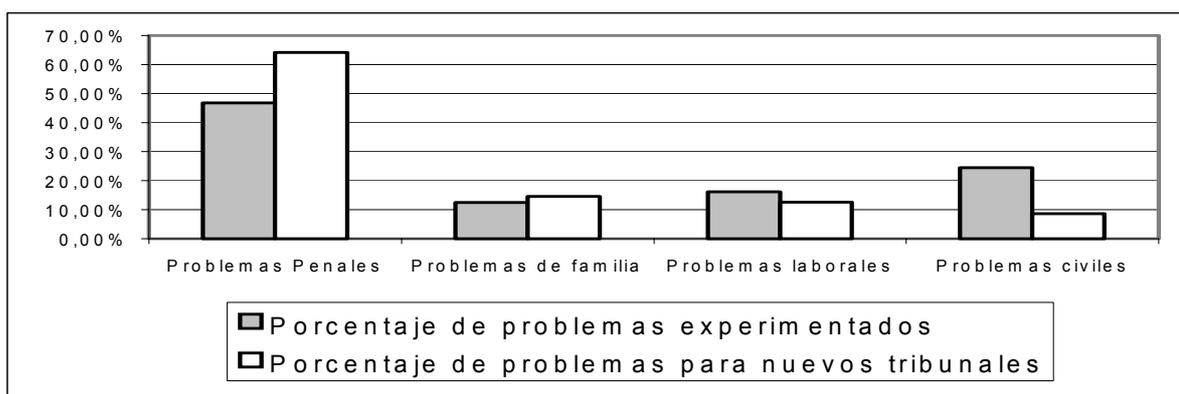
Gráfico N° 10
Problemas legales experimentados

FUENTE: Encuesta CPU



Llama la atención que los datos recogidos a través de esta pregunta difieren de los obtenidos al consultarles por aquella misma lista de problemas no ya en función de problemas experimentados, sino de aquellos en los que debieran concentrarse los futuros tribunales que se creen.

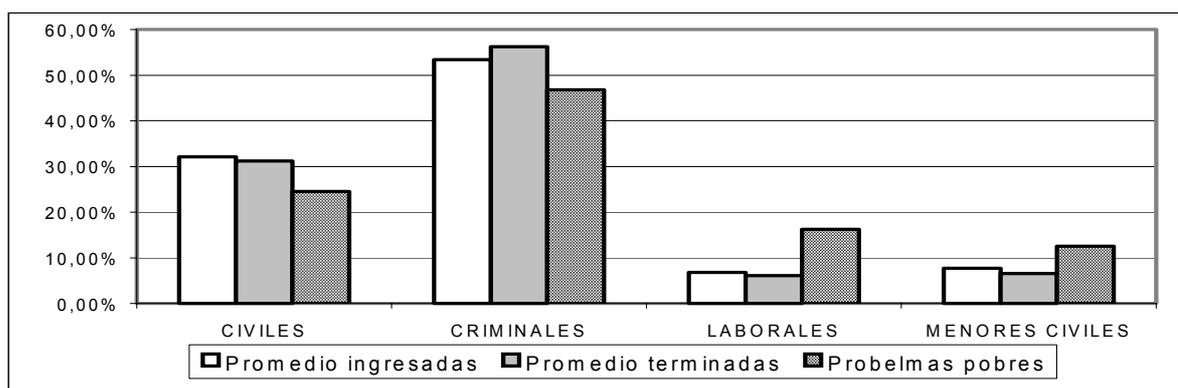
Gráfico N° 11
Comparación de los problemas experimentados con aquellos a los que deben dedicarse los futuros tribunales



Estos antecedentes presentan diferencias con la distribución de los ingresos de causas que, en promedio, han recibido los tribunales de primera instancia del país entre los años 1977 y 1995.

A continuación graficamos comparativamente la distribución de los problemas legales declarados por las personas pobres y las causas ingresadas y terminadas en primera instancia.

Gráfico N° 12
Comparación de problemas legales de los pobres con causas ingresadas y terminadas en primera instancia



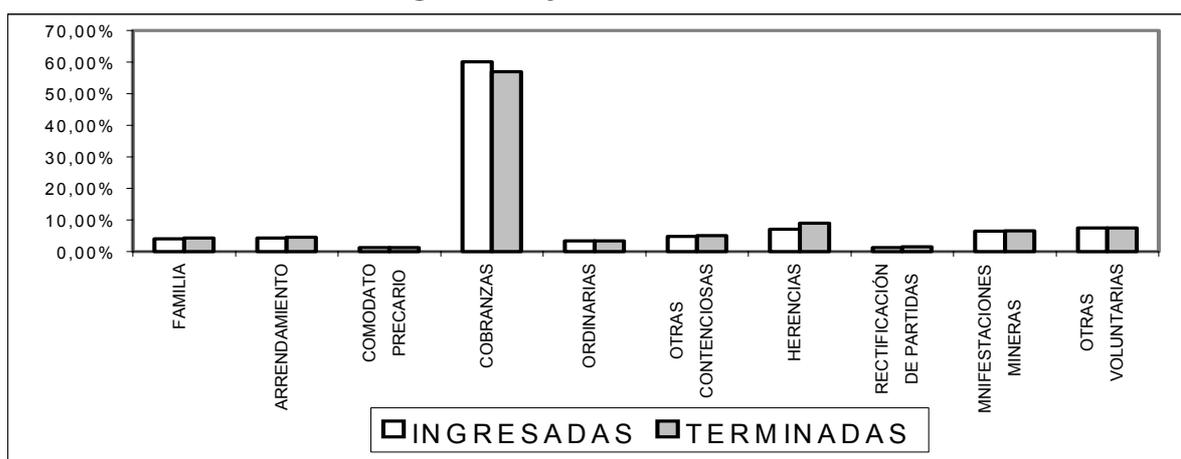
FUENTE: Encuesta CPU y anuarios de estadísticas judiciales del Instituto Nacional de Estadísticas

En ellos se ve una sobreestimación de las causas civiles y criminales¹¹⁹ frente a lo que las personas pobres declaran ser sus problemas y una subestimación de los laborales y de menores.

Pero las diferencias son más relevantes al analizar pormenorizadamente los tipos de conflictos que los pobres que declararon tener problemas en el orden civil, señalan haber padecido y aquellos, de este tipo, que ingresan y son resueltos en el sistema judicial.

El siguiente cuadro contiene los porcentajes promedio de las causas civiles y comerciales ingresadas y terminadas en primera instancia, según la materia específica de que versan.

Cuadro N° 18
Asuntos civiles y comerciales, según promedio de los ingresados y terminados 1977-1995



119

Entre los criminales se incorporaron los infraccionales de menores.

FUENTE: Anuarios de estadísticas judiciales del Instituto Nacional de Estadísticas

Por su parte, las personas pobres señalan en la encuesta que, dentro de la lista de problemas que le son presentados, han sufrido ellas o sus familiares los siguientes y en la proporción que se indica:

Cuadro N° 19
Problemas legales civiles y comerciales que han tenido los encuestados o su grupo familiar

Problemas civiles	Cantidad	Porcentaje
Arrendatarios que no pagan	81	13,34%
Ocupantes de casa que no quieren irse	86	14,17%
Engaños al comprar productos o al contratar servicios	162	26,69%
Préstamos de dinero sin devolución	213	35,09%
Peleas por bienes comunes en casos de separación o de herencia	65	10,71%
TOTAL	607	100,00%

FUENTE: Encuesta CPU

Las categorías anteriores no son fácilmente comparables con las que se consiguen en las estadísticas judiciales. Así, “ocupantes de casas que no quieren irse” puede comprender hipótesis de comodato precario como también ciertos juicios de arrendamiento. Los “engaños al comprar productos o al contratar servicios” bien pueden ser materias de competencia de los juzgados de policía local – que aquí no se consignan – o juicios sumarios u ordinarios. Las “peleas por bienes comunes en caso de separación o de herencia” pueden traducirse tanto en juicios sumarios, en ordinarios o en voluntarios de herencia.

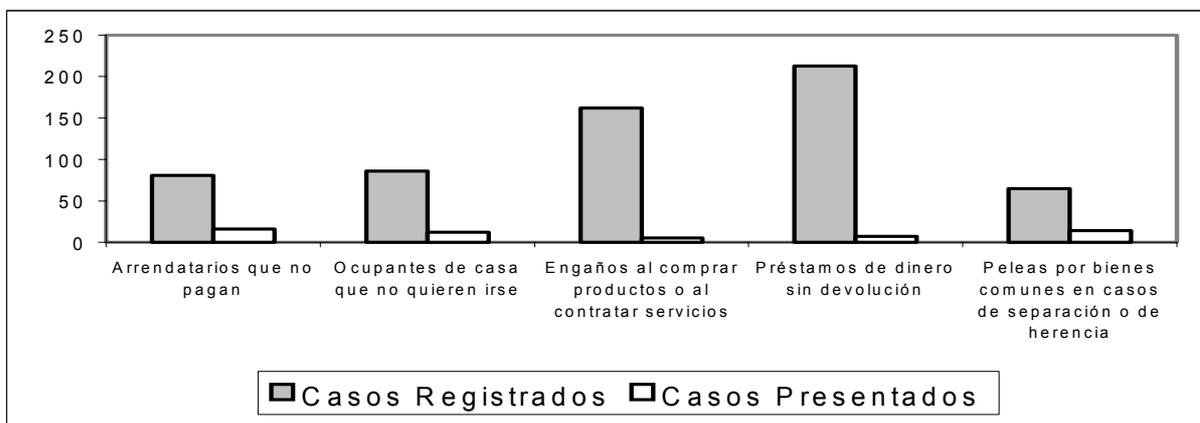
Así y todo es posible obtener algunas conclusiones. Las cobranzas judiciales, que representan en promedio durante el período analizado un 60% del total de las causas civiles y comerciales ingresadas y un 57% de las terminadas, sólo han generado problemas a un 35% del universo de los encuestados o su grupo familiar que efectivamente tuvieron problemas civiles, existiendo allí una importante distorsión en lo que recoge y procesa el sistema y lo que los sujetos pobres al menos experimentan como problemas.

Respecto a los restantes problemas, los relativos a la ocupación y arrendamiento de viviendas (la suma, en el caso de las estadísticas del INE, de todos los asuntos relativos a arrendamientos y los comodatos precarios; y, en el caso de la encuesta, los referentes a arrendatarios que no pagan y ocupantes de casas que no quieren irse) señala una recepción inferior de estos problemas en el sistema formal a la proporción que los pobres señalan sufrirlos. Estos asuntos representan en promedio un 5,53% de las causas ingresadas en primera instancia al sistema judicial entre 1977 y 1995 y un 5,88% de las terminadas. En cambio, representan un 28% de las que los pobres, que han tenido problemas civiles, señalan sufrir.

En fin, estas cifras aún con su carácter meramente indiciario, permiten reafirmar la percepción de que la justicia, al menos frente a los sectores pobres de la población, no tiene sino en forma muy reducida un efecto disuasivo. Más bien ocurre lo contrario, la justicia pareciera excluir a los sectores pobres y sus problemas, pudiendo ser un factor reproductor de marginalidad, lo que se evidencia con mucha claridad al comparar los porcentajes de problemas experimentados por estos sectores en diversos asuntos y aquellos que

efectivamente son llevados a los sistemas de resolución de conflictos, tal como se observa en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 13
Problemas legales civiles y comerciales registrados y presentados a los tribunales



FUENTE: Encuesta CPU

Las comparaciones que efectuamos anteriormente con los problemas experimentados resultarían entonces muchísimo más categóricas si las hiciéramos con los casos efectivamente presentados a los tribunales. Llama la atención que tratándose de personas pobres la mayor diferencia entre casos registrados y presentados se produzca en las cobranzas (préstamos de dinero) que son, según anteriormente hemos visto, el tipo de causas que atochan al sistema judicial.

3.2 El sistema resuelve pocos asuntos

El escaso efecto disuasivo de la justicia civil y comercial chilena se relaciona también con la escasa cantidad de asuntos que son resueltos por el sistema. Es posible sostener que el solo ingreso de una causa en los tribunales puede tener algún efecto respecto de la solución del conflicto entre las partes, independientemente de si se dicta o no una sentencia, pues puede operar como un eficaz aliciente para precipitar un acuerdo. También las partes pueden tener interés en ingresar una causa en los tribunales por razones diferentes a la obtención de una sentencia, buscando, por ejemplo, solamente una resolución provisional favorable a sus intereses para presionar hacia un acuerdo o molestar a un enemigo. Respecto a los terceros, cuesta imaginar que la sola interposición de demandas en los tribunales pueda tener efectos disuasivos sobre los mismos, en circunstancias de no haber un pronunciamiento de los tribunales.

Ahora bien, la cantidad de asuntos civiles resueltos en promedio durante el período 1977-1985 alcanza a un 84% de las causas ingresadas, lo cual no pareciera, en principio, ser un mal resultado. Sin embargo, desagregando este dato nos damos cuenta que los motivos de término no corresponden las más de las veces a una sentencia dictada por el tribunal. Si sólo consideramos las causas civiles contenciosas, que son las únicas que pueden terminar por sentencia, nos encontramos que, en promedio, sólo un 8% de ellas terminaron de tal forma en el período que corre entre 1977 y 1995.¹²⁰ Si a las sentencias les

¹²⁰ Contra el 22,3% de Uruguay (período 1990-96) y el 31,2% de España (1990). Bittencourt, 1997.

agregamos también los avenimientos como motivo de término, que también trasuntan una solución satisfactoria del litigio, el total no logra empinarse sino hasta el 13,4% de las causas terminadas.

Es muy difícil precisar los restantes motivos de término de los procesos civiles, que son, a efectos de las estadísticas judiciales, catalogados simplemente como “otros motivos”. Una cifra muy significativa (49% de las causas civiles contenciosas terminadas) corresponden a las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva causas que, pese a ser catalogadas como contenciosas, no suelen terminar por sentencia ya que en ellas no existe, en principio, a un conflicto entre partes. También dentro de los otros motivos podría haber un número más o menos significativo de acuerdos extrajudiciales a que llegan las partes, no presentados ante el tribunal, hipótesis que sobre la que carecemos información para su validación. Si así fuese, tendríamos un número más amplio de soluciones adecuadas con los juicios civiles pero, tanto como nosotros no lo podemos determinar, tampoco lo puede hacer la sociedad, con lo que el efecto “disuasivo” en estos casos se ve severamente cuestionado.

3.3 Las resoluciones judiciales son poco predecibles y los tribunales poco confiables

Un factor determinante para que el sistema judicial genere externalidades positivas en los sujetos es que sea predecible. Sólo si las personas que no han participado en un pleito piensan, con algún grado de fundamento probable, que los criterios con que se falló en él puede serles aplicable en una situación similar, los tomarán en cuenta en sus decisiones. En cambio, si las sentencias judiciales tienen un grado alto de aleatoriedad, si su contenido puede variar entre un caso y otro similar, los sujetos racionalmente no pueden adecuar su conducta al derecho, pues éste es cambiante y se verán alentados a asumir conductas oportunistas frente a los procesos judiciales, que hasta pueden terminar convirtiéndose en un medio de intimidación para obtener arreglos beneficiosos.

No existen estudios de campo que permitan examinar la consistencia de resoluciones judiciales adoptadas en casos análogos ante la primera instancia. Sí es posible encontrar información al respecto como subproductos de estudios de la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y de la Suprema.¹²¹

Sin embargo, es posible sostener que la regularidad de las sentencias en buena medida depende de la conciencia que los jueces tengan respecto a que ella, en sí, es un valor que deben proteger y mantener. En cambio, si los jueces no le asignan mayor importancia al tema de la predictibilidad y si, incluso, lo estiman como un posible defecto del sistema, la situación esperable debe ser la inversa.

Para aproximarnos a este tema realizamos entrevistas a 10 jueces y ministros de la Región Metropolitana (Corte de Apelaciones de Santiago y San Miguel) en el mes de octubre de 1998. Preguntados dichos magistrados respecto a qué factor consideraban más importante a la hora de resolver un asunto: la forma cómo ha resuelto el mismo asunto en otras oportunidades o las características específicas de que se trata, el 90% respondieron que lo determinante era el caso en particular.

¹²¹ En tal sentido resultan clarificadores los análisis jurisprudenciales hechos por CPU y publicados como anexo a la Revista Gaceta Jurídica entre los años 1992 y 1994. En ellos se analiza jurisprudencia de las Cortes de Santiago, San Miguel y Suprema sobre temas especialmente controvertidos, como ser: la prisión por deudas; la prescripción extintiva en materia previsional; el concepto de gestión útil en el abandono del procedimiento; las nulidades de matrimonio; contiendas de competencia en materia previsional; la cláusula de aceleración; la convicción judicial en materia penal; y otras.

Entre las respuestas consignadas se encuentran algunas del siguiente tenor:

- “Las características del caso concreto, me parece que cada caso es distinto.”
- “Yo no me acuerdo cual es la forma como resolví antes. Yo me atengo a las condiciones del litigio presente.”
- “Para mí lo más importante son las características del caso particular. Aquí no puede haber moldes, y ese es el sentido que haya un juez.”
- “Me pesa lo que he resuelto en otras ocasiones, pero yo tengo la convicción de que los precedentes personales tienen que cumplir la función de orientar nuestro trabajo. Pero, a lo que no se puede renunciar en ningún caso, es a la revisión del caso específico... Que yo haya resuelto de determinada forma, no significa que no lo revise nunca más, aunque signifique resolver en forma contraria.”

Posteriormente se les preguntó a esos mismos jueces si en el caso de cambiar la forma como anteriormente habían resuelto un problema, se hacen cargo de las razones para tal cambio en la resolución y si fundamentan su resolución en forma más extensa que lo habitual. El 60% de los entrevistados declaró no sentirse obligado a hacerse cargo de su cambio de parecer.

Las respuestas mayoritarias recogidas consigan expresiones del siguiente tenor:

- “Yo no tengo porque explicar mi cambio de criterio”
- “No, porque no lo vinculo. Además, no suele ocurrir que las partes vinculen como resolví antes en un tema parecido.”

En la tesis contraria se haya la siguiente respuesta:

- “Sí, me hago cargo de las razones, y si fundamento en forma más extensa, ya que de alguna manera estoy justificando el por qué estoy resolviendo de una manera distinta a la que siempre he resuelto. En mi caso hay un mayor trabajo para resolver, razonando en una forma más extensa, más detallada.”

Los jueces suelen considerar que la resolución mecánicamente idéntica de casos similares equivale a una denegación de justicia en el caso concreto, transformando a la justicia en una mera máquina generadora de sentencias. Ello explica que en nuestro sistema jurídico no tengan acogida instituciones vigentes en el derecho comparado que permiten evitar el procedimiento normal para la tramitación de asuntos exactamente iguales a otros ya resueltos por el tribunal con anterioridad, con lo que pueden ser fallados de plano, sin una nueva discusión. Ello es particularmente relevante en sistemas jurídicos en que las sentencias tienen sólo efectos relativos – alcanzan solamente al asunto en que se dictan -. Piénsese en lo que puede suceder con una acción de inconstitucionalidad contra una ley que, por ejemplo, limita derecho previsionales. Ella puede ser acogida, pero dicha sentencia sólo va a tener efectos en el caso en que se pronunció. Cada uno de los cientos de otros interesados en que dicha ley no se aplique deberá, a su vez, deducir y tramitar íntegramente una acción similar en busca del mismo pronunciamiento y bien pudiera suceder que los fallos fueran diversos.

La existencia de fallos con fundamentos contradictorios puede resultar bastante perjudicial a la imagen del Poder Judicial e inexplicable para los justiciables. Especialmente notorio es ello en los tribunales colegiados que se dividen en salas de tres o cinco ministros para realizar su trabajo, pues la opinión de cada una de ellas representa la de todo el tribunal. Si esas salas fallan coetáneamente en forma diferente asuntos similares, es el tribunal el que pareciera contradecirse así mismo.¹²²

¹²² No se trata de una hipótesis de laboratorio. Como ejemplo podemos citar los fallos de la 1ª y 3ª Salas de la Corte Suprema de fecha 25 de abril de 1984, publicados en la Revista Fallos del Mes,

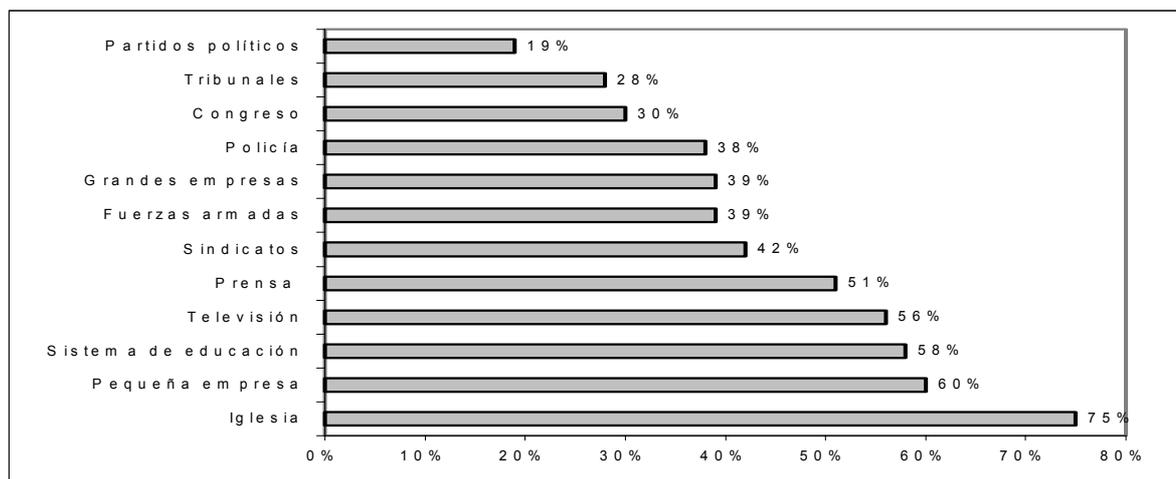
Hay que apuntar que los fallos en el sistema judicial chileno por lo general adolecen de escasez de fundamentación. Las respuestas recibidas en este caso muestran que el problema es expresamente asumido y justificado por los magistrados.

Por otra parte, la ciudadanía por lo general expresa tener escasa confianza en el sistema judicial, fenómeno que se puede asociar, por una parte, a la falta de predictibilidad de los fallos y, en un sentido más profundo, a que el sistema judicial no da garantías todos de ecuanimidad.

Una encuesta practicada por encargo de 15 diarios latinoamericanos y de los Estados Unidos, publicada en una edición especial de El Mercurio del 16 de abril de 1998, compara en uno de sus apartados el grado de confiabilidad de diversas instituciones. Los resultados para Chile indican que los Tribunales ocupan el penúltimo lugar, sólo superados en mala evaluación por los Partidos Políticos, tal como consta en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 14
Confianza en las instituciones

FUENTE: Encuesta Diario El Mercurio



Comparativamente con el resto de los países de América encuestados, el porcentaje de confianza en la justicia es mayor en el caso chileno (28% contra 25%), pero la ubicación es peor en Chile, ya que en el conjunto de los países existen dos instituciones con peor puntaje (Congreso y Partidos Políticos)

También llama la atención que las respuestas obtenidas en Chile claramente van desmejorando a medida que empeora la condición socioeconómica de los encuestados.

Cuadro N° 20
Respuestas que declaran tener “mucho” o “algo” de confianza por grupo socioeconómico

	ABC1 - C2	C3	D - E
Tribunales	35%	28%	22%

abril 1984, N° 305. La primera sostenía que “la gestión civil tendiente a la notificación del protesto de cheque no suspende el plazo de prescripción de la acción penal para perseguir la responsabilidad en el giro doloso del documento”. La segunda sostiene diametralmente lo contrario. Citado por Vargas, 1987.

Ello se relaciona fuertemente con la percepción que los sujetos pobres tienen de la justicia, la que consideran discriminatoria, como comprueba la encuesta de CPU.

Cuadro N° 21
Opinión respecto de la veracidad o falsedad de ciertas
Proposiciones sobre la justicia en Chile

	Verdadera	Falsa	No opina
En Chile la justicia se divide en una para ricos y otra para pobres	88,70%	8,80%	2,60%
En Chile la justicia es igual para todos	12,10%	85,70%	2,10%

FUENTE: Encuesta CPU

Otro estudio sobre confianza de las instituciones en el mundo arroja resultados parecidos. Este estudio se ha realizado a partir de la información de las empresas calificadoras de riesgo y da cuenta de la importancia que crecientemente comienza a tener este sector para los inversionistas y, por ende, para el desarrollo de las naciones.

Cuadro N° 22
Confianza en las instituciones

	EFICIENCIA PODER JUDICIAL (1)	EFICIENCIA ADMINISTRACIÓN CENTRAL (2)	CORRUPCIÓN (3)	RIESGO RESPECTO CONTRATOS SECTOR PÚBLICO (4)
AMÉRICA NORTE (2p)	9,6	9,4	10	9
Estados Unidos	10	9,2	10	9
UNIÓN EUROPEA (16p)	8,8	7,5	8,8	9,8
España	6,2	6	7	8,4
ASIA SUDESTE (8p)	7,2	6,7	5,8	7,9
ASIA OTROS (11P)	6,1	4,6	6	5,8
AFRICA (12p)	5,9	4,8	5,4	5,7
AMERICA LATINA Y CARIBE (15p)	6,3	5,2	6	6,1
Colombia	7,2	4,5	4,5	7
Chile	7,2	9,2	9,2	6,8
Perú	6,7	5,7	7,2	4,7
Uruguay	6,5	6,0	8	7,3
Venezuela	6,5	4	5,7	6,3
Argentina	6	6,6	7,6	4,9
México	6	5,2	3,2	6,5
Brasil	5,7	4	5,7	6,3

FUENTE: Bittencourt (1997). Los datos están tomados de Mauro (1995), para las columnas (1), (2) y (3) y por Laporta et. Al. (1996), para la columna (4)

La posición de la justicia chilena frente a las demás del Continente es favorable, pese a su inferioridad respecto a la administración pública nacional y a sus pares de continentes con un mayor grado de desarrollo relativo.

Dentro de los factores que explican la falta de confianza en la justicia, ocupa un lugar importante la escasa transparencia con que funciona el sistema. Tal falta de transparencia se manifiesta no sólo en el secreto que envuelve gran parte de las acciones judiciales, sino también en el lenguaje empleado que resulta críptico y difícil de entender para los legos, impidiéndoles conocer y entender el sentido y alcance de las resoluciones judiciales. Ambos factores disminuyen las externalidades que debiera generar este servicio.

CAPÍTULO TERCERO FINANCIAMIENTO DEL SISTEMA JUDICIAL

Para entender, desde una perspectiva de política pública, el papel y las funciones que debe asumir el Poder Judicial, es imprescindible analizar no sólo su eficacia – si produce o no los bienes públicos que los justifican- sino también la *eficiencia* de su accionar, es decir si le saca el máximo provecho a los recursos destinados a su funcionamiento. Indudablemente, tal análisis no puede hacerse desvinculado del primero, pues resulta difícil calificar de eficiente a una institución ineficaz; pero aun si hacemos abstracción de los déficits apuntados en el capítulo anterior es posible entregar buenos argumentos para sostener que los recursos empleados en la justicia no están siendo destinados a su mejor uso alternativo. Para analizar esto estudiaremos brevemente la evolución que han experimentado los presupuestos judiciales en los últimos veinte años y su composición. Luego nos detendremos en el análisis de algunos indicadores de productividad judicial en función precisamente del gasto en justicia. Estudiaremos también en qué medida existe algún criterio de focalización tras los gastos en justicia. Finalmente, analizaremos brevemente los costos privados de litigar en Chile.

No es tarea fácil realizar un estudio como el que nos proponemos. La información financiera del Poder Judicial se maneja con un grado extremo de agregación, lo que dificulta sacar conclusiones categóricas al respecto. Nos hemos visto obligados a realizar una serie de estudios adicionales-así, por ejemplo, para determinar el gasto judicial por jurisdicción. Tales estudios han sido realizados a partir de información fragmentaria y muchas veces poco confiables. En general, hemos acudido a las estadísticas judiciales oficiales que publica el Instituto Nacional de Estadísticas.¹²³ Estas estadísticas no se generan automáticamente, sino que son elaboradas cada cierto tiempo por funcionarios no especializados a quienes se les encarga tal misión. Presentan muchas inconsistencias y existe la extendida apreciación de que muchas veces las cifras no corresponden a la realidad.¹²⁴

1. EVOLUCIÓN Y COMPOSICIÓN DEL GASTO PÚBLICO JUDICIAL

Para los efectos de este análisis entenderemos por gasto judicial exclusivamente los recursos públicos (estatales) destinados al funcionamiento de los tribunales de justicia que integran el Poder Judicial. Excluimos entonces los gastos de la justicia de Policía Local, los tribunales militares y otros órganos de la administración que ejercen jurisdicción, como asimismo los correspondientes al Ministerio de Justicia y a la asistencia judicial gratuita. Se incluyen los de la Academia Judicial y los servicios administrativos dependientes de la Corte Suprema. Nuestros estudios se concentrarán fundamentalmente en el gasto judicial

¹²³ El último publicado corresponde al año 1995. Hasta hace no muy poco tiempo, era el del año 1989. No todos los años han sido publicados.

¹²⁴ De hecho, la propia Corporación Administrativa del Poder Judicial recela de las estadísticas elaboradas para el INE, por lo que prepara sus propias estadísticas corregidas. Hicimos uso de ellas para ciertos estudios, pues además tienen la ventaja de entregar datos más recientes (1996), pero para los análisis que requieren de series más largas debimos contentarnos con las del INE.

efectivamente ejecutado (GJE), tal cual como consta en los informes financieros del sector público publicado, para los respectivos años, por la Contraloría General de la República.¹²⁵

En el período que corre entre los años 1977 y 1997, los recursos ejecutados por el Poder Judicial, expresados en moneda de igual valor adquisitivo,¹²⁶ han experimentado un extraordinario crecimiento. Tomando el año 1977 como base 100, el GJE en el año 1997 corresponde a 465. En el cuadro siguiente se contiene un desglose del mismo.

Cuadro N° 23
Gasto Judicial Ejecutado (GJE)
(Miles de \$ de 1997)

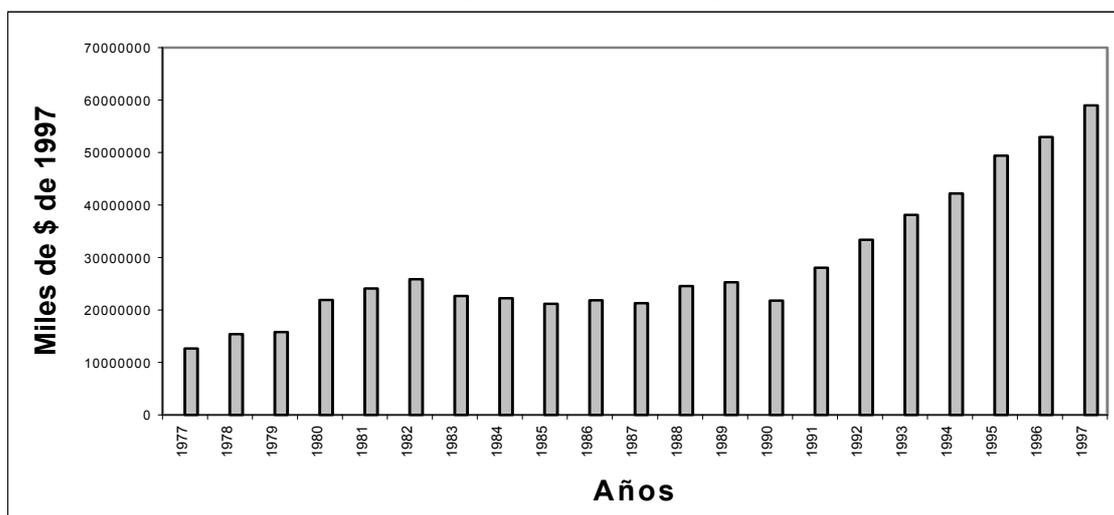
Año	Gasto Judicial Ejecutado	Base 100 1977
1977	12.691.753	100
1978	15.404.035	121
1979	15.824.577	125
1980	21.866.189	172
1981	24.097.555	190
1982	25.875.846	204
1983	22.677.654	179
1984	22.237.072	175
1985	21.155.981	167
1986	21.826.545	172
1987	21.296.018	168
1988	24.556.982	193
1989	25.260.274	199
1990	21.769.894	172
1991	28.056.131	221
1992	33.390.869	263
1993	38.118.731	300
1994	42.179.105	332
1995	49.408.900	389
1996	52.955.200	417
1997	59.003.100	465

Las fuertes oscilaciones habidas en el período se observan de mejor manera en el siguiente gráfico.

¹²⁵ Los datos sobre el Producto Interno Bruto (PIB) se han obtenido de los Boletines Mensuales del Banco Central, y los del Presupuesto Público Neto (PPN) de la Ley de Presupuestos del Sector Público, publicada por el Ministerio de Hacienda.

¹²⁶ Todas las cifras que se entregan en el presente trabajo han sido llevadas a pesos del año 1997.

Gráfico N° 15
Gasto Judicial Ejecutado (GJE)
(Miles de \$ de 1997)



Como puede apreciarse, el GJE sube sostenidamente hasta el año 1982 donde, a consecuencia de la crisis económica que experimenta el país, comienza a sufrir disminuciones, que sólo logran revertirse en forma constante a partir del año 1991 cuando el Poder Judicial inicia un período de intenso crecimiento que hasta la fecha no ha concluido. De hecho, sólo entre los años 1990 y 1997 el GJE sube un 171%.

1.1 Relación entre el GJE, el PIB y el Presupuesto Público Neto (PPN)

A continuación analizaremos el comportamiento del GJE en relación con el PIB, cuyas cifras se leen en el siguiente cuadro.

Cuadro N° 24
Relación entre el GJE y el Producto Interno Bruto (PIB)
(Miles de \$ de 1997)

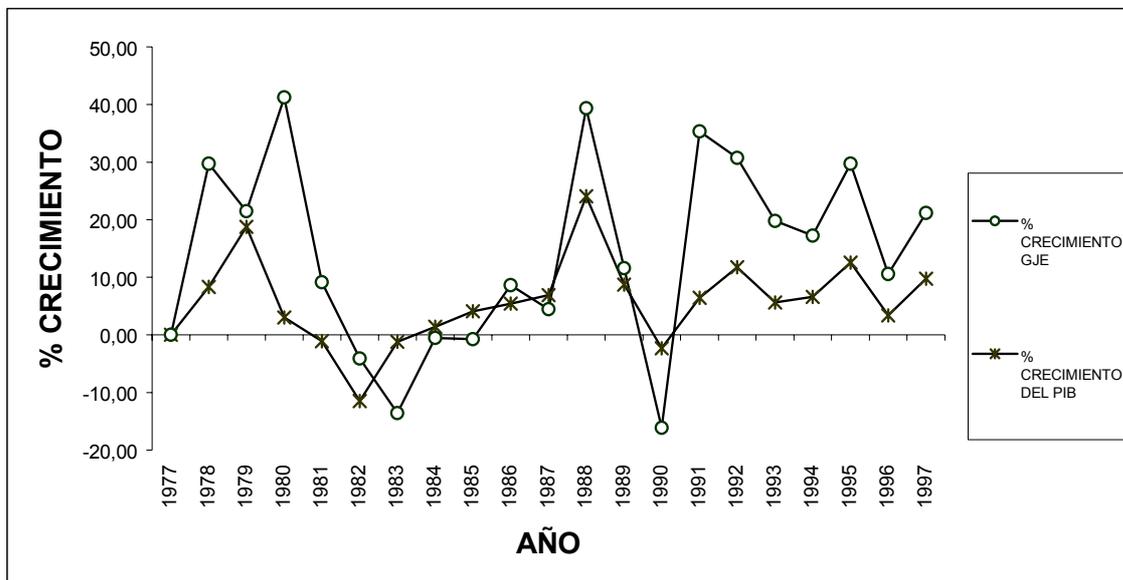
Año	PIB	GJE	Porcentaje
1977	11.226.049.808	12.691.753	0,113%
1978	12.163.199.305	15.404.035	0,127%
1979	14.443.648.418	15.824.577	0,110%
1980	14.882.888.277	21.866.189	0,147%
1981	14.722.694.659	24.097.555	0,164%
1982	13.034.245.801	25.875.846	0,199%
1983	12.877.625.777	22.677.654	0,176%
1984	13.058.902.982	22.237.072	0,170%
1985	13.596.307.751	21.155.981	0,156%
1986	14.336.968.167	21.826.545	0,152%
1987	15.323.903.248	21.296.018	0,139%
1988	19.010.001.659	24.556.982	0,129%
1989	20.667.397.294	25.260.274	0,122%
1990	20.187.746.754	21.769.894	0,108%
1991	21.490.475.766	28.056.131	0,131%
1992	24.013.774.975	33.390.869	0,139%
1993	25.361.880.731	38.118.731	0,150%
1994	27.030.050.733	42.179.105	0,156%
1995	30.425.647.278	49.408.900	0,162%
1996	31.462.475.753	52.955.200	0,168%
1997 ¹²⁷	34.528.024.833	59.003.100	0,171%

En general –como muestra con mayor claridad el siguiente gráfico- las oscilaciones experimentadas por el PIB y el GJE siguen un comportamiento bastante similar, es decir, cuando sube el PIB el GJE crece y viceversa. Aún cuando estas oscilaciones son más pronunciadas en el caso del GJE, el que tiende a subir y a bajar más que el PIB, con lo que pareciera jugar como un factor de ajuste. Eso es, al menos, lo que sucede en la crisis de comienzos de los años 80, donde de un año a otro el GJE bajó en un 12%.

¹²⁷

Provisional al momento de hacer este estudio.

Gráfico N° 16
Relación entre el crecimiento del GJE y del PIB



Visto ahora en relación con el presupuesto público neto (PPN), se denota un alza relativa en el período del gasto en justicia aún más significativa, pasando éste a ocupar un porcentaje 2,3 veces mayor al final del período del que tenía en el comienzo. Es decir, de los recursos que el Estado destina a su funcionamiento, el Poder Judicial obtiene un parte cada vez mayor. Ello, eso sí, en un contexto en que el Estado participa en una proporción cada vez menor en el mayor crecimiento que experimenta el PIB.

Cuadro N° 25
Relación entre el GJE y el Presupuesto Público Neto (PPN)
(Miles de \$ de 1997)

Año	PPN	GJE	Porcentaje
1977	3.578.667.760	12.691.753	0,36%
1978	4.428.181.685	15.404.035	0,35%
1979	4.713.429.587	15.824.577	0,34%
1980	5.504.028.157	21.866.189	0,40%
1981	6.167.110.519	24.097.555	0,39%
1982	6.656.004.410	25.875.846	0,39%
1983	5.651.148.245	22.677.654	0,40%
1984	4.170.002.999	22.237.072	0,53%
1985	4.541.294.144	21.155.981	0,47%
1986	4.346.753.589	21.826.545	0,50%
1987	4.026.098.028	21.296.018	0,53%
1988	4.283.754.436	24.556.982	0,57%
1989	3.780.987.651	25.260.274	0,67%
1990	3.721.547.255	21.769.894	0,59%
1991	4.496.397.236	28.056.131	0,62%
1992	4.919.774.986	33.390.869	0,68%
1993	5.333.736.579	38.118.731	0,72%
1994	5.686.436.059	42.179.105	0,74%
1995	6.238.297.545	49.408.900	0,79%
1996	6.649.574.882	52.955.200	0,80%
1997	7.135.565.050	59.003.100	0,83%

Considerando al año 1977 como índice 100, podemos observar las variaciones que ha tenido el GJE frente al PPN y al PIB en el período. Mientras el primero alcanza en 1997 un índice 465, el segundo de 199 y el tercero de 308. Es decir, se trata de un período en que mientras el PIB se triplicaba, el presupuesto nacional participaba en una proporción bastante menor en ese crecimiento, pues sólo se doblaba. Pero de ese crecimiento menor que experimenta el PPN se lleva una proporción significativa el Poder Judicial, el que casi cuadruplica su presupuesto.

Cuadro N° 26
Crecimiento GJE, PPN y PIB. Base 100 1977

Año	GJE	PPN	PIB
1977	100	100	100
1978	121	124	108
1979	125	132	129
1980	172	154	133
1981	190	172	131
1982	204	186	116
1983	179	158	115
1984	175	117	116
1985	167	127	121
1986	172	121	128
1987	168	113	137
1988	193	120	169
1989	199	106	184
1990	172	104	180
1991	221	126	191
1992	263	137	214
1993	300	149	226
1994	332	159	241
1995	389	174	271
1996	417	186	280
1997	465	199	308

1.2 Comparación con otros países

Resulta muy difícil comparar la situación presupuestaria del Poder Judicial chileno con la de otros países, ya que, en general, las cuentas nacionales se llevan en forma distinta y, en particular, los ítems que componen los presupuestos judiciales son bastante disímiles, no existiendo estudios que los homologuen. Así, por ejemplo, el caso paradigmático en Latinoamérica es el de Costa Rica, país que constitucionalmente destina el 6% de su presupuesto público a la justicia. Sin embargo, en ese país dependen de la Corte Suprema no sólo los tribunales, sino también la asistencia jurídica gratuita, el ministerio público y la policía, reparticiones que, como se entenderá, resultan altamente gravitantes en términos económicos. En todo caso, el presupuesto efectivamente recibido por el Poder Judicial costarricense ha sido siempre inferior al señalado porcentaje.

Así y todo, el presupuesto judicial chileno es, en términos comparativos a los presupuestos nacionales, bastante inferior a la mayoría de sus pares latinoamericanos, tal como se observa en el siguiente cuadro.

Cuadro N° 27
Gasto en justicia como porcentaje del presupuesto

PAÍS	% PRESUPUESTO
Costa Rica	5,50
Colombia	4,62
El Salvador	4,50
Bolivia	3,00
Ecuador	2,50
Uruguay	1,52
Paraguay	1,50
Argentina	1,47
Honduras	1,00
Chile	0,83
Panamá	0,50

Fuente: Martínez, 1995 y datos propios para el caso de Chile (1997)

En Chile se ha asociado esta situación relativamente desmejorada a la ausencia de una asignación fija para el sector, a diferencia de lo que sucede en Costa Rica, modalidad que se ha ido extendiendo por Latinoamérica.¹²⁸ De hecho, el tema ha sido planteado insistentemente por autoridades del Poder Judicial chileno y ha sido incluso recogido en iniciativas parlamentarias.¹²⁹ Se ha planteado que una asignación de tal tipo es la única congruente con una auténtica independencia judicial. Indudablemente se trata de temas distintos, que no pueden ni deben ser mezclados. El tema de la magnitud de los recursos públicos que deben destinarse al sistema judicial guarda relación con el costo de oportunidad de los mismos, por lo que no parece racional promover asignaciones fijas que impidan, en el futuro, un destino racional y eficiente de los recursos. Parece mejor que el Poder Judicial obtenga los recursos adicionales que requiere mediante la presentación de proyectos atractivos y técnicamente bien preparados que, por ejemplo, justifiquen invertir más en él que en salud o educación.

Prueba de que por la vía de proyectos socialmente rentables y con amplio apoyo político el Poder Judicial puede alcanzar grados significativamente más altos de participación en los recursos públicos es lo sucedido a propósito de la reforma procesal penal, la cual conllevará aumentos sustanciales a los fondos destinados a esa área de la judicatura, como se aprecia en el siguiente cuadro.

¹²⁸ La tienen, entre otros, Argentina Ecuador, Honduras y Paraguay. En los casos de Ecuador y Honduras también se da el fenómeno de no cumplir con el porcentaje asegurado. En el primero se le garantiza un 2,5%, recibiendo en 1996 sólo un 1,6%. Del 3% que debiera recibir Honduras generalmente recibe entre un 0,5 y un 1%.

¹²⁹ Una indicación opositora durante la tramitación de las reformas judiciales impulsadas durante el Gobierno de Aylwin, proponía que se asegurara constitucionalmente que el presupuesto judicial no podía ser nunca inferior al del año anterior debidamente reajustado, tal como hoy sucede con el de las Fuerzas Armadas. Esta indicación no prosperó, siendo rechazada por el Ejecutivo.

Cuadro N° 28
Gasto actual del sistema de justicia criminal y presupuesto de la reforma

	Sistema Actual	Sistema Nuevo
Remuneraciones	33.578.063	72.850.809
Gastos de operación + arriendo	5.573.481	18.163.146
Inversión		194.560.618
TOTAL	39.151.544	285.574.572

Fuente: Fundación Paz Ciudadana, 1996 y Ministerio de Justicia, 1998

La independencia judicial, por su parte, no se ve lesionada por la intervención del Congreso en esta materia, determinando de año en año el presupuesto judicial. El sistema de separación de poderes, como se sabe, no equivale al aislamiento de cada uno, sino a un delicado sistema de "pesos y contrapesos" que los relaciona constantemente. Resulta sano que haya una autoridad representativa y con visión de conjunto que evalúe todos los años el destino de los impuestos de los ciudadanos, ante la cual haya que dar cuenta de cómo se han invertido. De otra forma no existiría ningún incentivo para ser eficiente, ni los ciudadanos tendrían algún mecanismo para controlar el destino de sus propios recursos. La independencia de los jueces no se ve vulnerada por someterse a este control, como tampoco la del Ejecutivo, cuyo presupuesto también es aprobado por el Congreso.

Tema distinto es el relativo a la forma de preparar el presupuesto judicial. En Chile lo elabora la Corte Suprema, a través de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, quien debe presentarlo al Ejecutivo -específicamente al Ministerio de Hacienda, el que puede introducirle enmiendas- y no directamente al Parlamento. Ello obedece a la realidad, indesmentible en nuestro país, que en la actualidad es el Presidente de la República quien controla las finanzas públicas, con la responsabilidad de mantener los equilibrios macroeconómicos. No parece posible en el esquema actual privar al Ejecutivo de intervenir en la asignación del gasto del Poder Judicial sin que ello derive en otras peticiones similares, con lo que podría desarmarse la capacidad de gobierno y el sentido estratégico de las políticas nacionales.

Otro tema es el del control del gasto judicial después que éste ha sido aprobado por ley. Hoy día, el Poder Judicial no administra libremente su presupuesto, debiendo ejecutarlo en la forma como determina el Ministerio de Hacienda. Ello no parece congruente con un sistema que delega en el mismo Poder Judicial las decisiones respecto a su gestión.

1.3 Relación entre el GJE y el presupuesto del Ministerio de Justicia

Otro aspecto que parece interesante analizar respecto al GJE es su relación con los cambios experimentados por el presupuesto del Ministerio de Justicia, Secretaría de Estado encargada de elaborar las políticas en el área y bajo cuya dependencia se encuentran varios de los organismos más íntimamente vinculados con la labor judicial, como Gendarmería de Chile, el SENAME y el Registro Civil. La primera constatación que debe hacerse es que, el aumento que el GJE experimenta con respecto al PIB y al PPN no se repite al momento de compararlo con el gasto del Ministerio de Justicia (MINJU). El GJE ascendía a un 42,93% del

gasto del MINJU en 1977 y a un 45,42% en 1997, con lo que se aprecia que hay una escasa diferencia. Ello no obsta a que durante el período haya habido oscilaciones significativas, llegando en 1981 a representar el GJE un mínimo de sólo un 31,11% del gasto del MINJU. El GJE sólo comienza a recuperarse, con relación a las otras reparticiones dependientes del MINJU, a partir del año 1989, tal como se observa en el siguiente cuadro.

Cuadro N° 29
Relación entre el GJE y el gasto del Ministerio de Justicia (MINJU)
(Miles de \$ de 1997)

	MINJU	GJE	Porcentaje
1977	29.564.108	12.691.753	42,93%
1978	33.717.221	15.404.035	45,69%
1979	41.116.451	15.824.577	38,49%
1980	44.962.112	21.866.189	48,63%
1981	77.446.844	24.097.555	31,11%
1982	73.192.974	25.875.846	35,35%
1983	58.458.640	22.677.654	38,79%
1984	62.947.216	22.237.072	35,33%
1985	63.041.082	21.155.981	33,56%
1986	60.802.675	21.826.545	35,90%
1987	58.969.131	21.296.018	36,11%
1988	61.622.614	24.556.982	39,85%
1989	57.524.325	25.260.274	43,91%
1990	53.305.473	21.769.894	40,84%
1991	61.375.242	28.056.131	45,71%
1992	75.305.982	33.390.869	44,34%
1993	89.643.399	38.118.731	42,52%
1994	93.506.771	42.179.105	45,11%
1995	103.976.100	49.408.900	47,52%
1996	113.605.100	52.955.200	46,61%
1997	129.895.800	59.003.100	45,42%

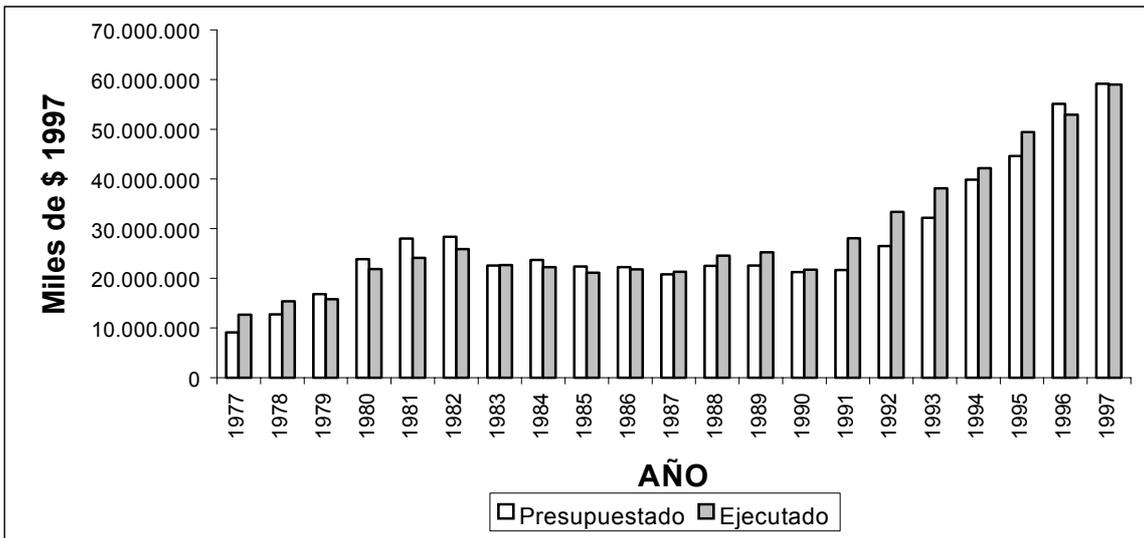
La evolución de los gastos en uno y otro sector sigue parámetros bastante similares, salvo en el año 1981 en donde el gasto en el MINJU experimenta un espectacular crecimiento de un 72%, en circunstancias que en ese año el GJE sólo creció en un 10%. Tal gasto en el MINJU se debe principalmente a las alzas experimentadas en el presupuesto de SENAME.

1.4 Relación entre el GJE y el Gasto Judicial Presupuestado (GJP)

Al analizar la ejecución presupuestaria se advierte que existe una tendencia que persigue a la de crecimiento o disminución que experimenta la economía nacional, es decir, cuando hay crecimiento se tiende a ejecutar un mayor porcentaje del presupuesto, incluso se llega a ejecutar más de lo presupuestado; al contrario, si hay recesión, se tiende a ejecutar menos. En todo caso, las cifras indican que, por lo general, el Poder Judicial ejecuta en un

porcentaje muy cercano al 100% de su presupuesto, tal como se refleja en el siguiente gráfico.

Gráfico N° 17
Gasto Judicial Presupuestado (GJP) y GJE

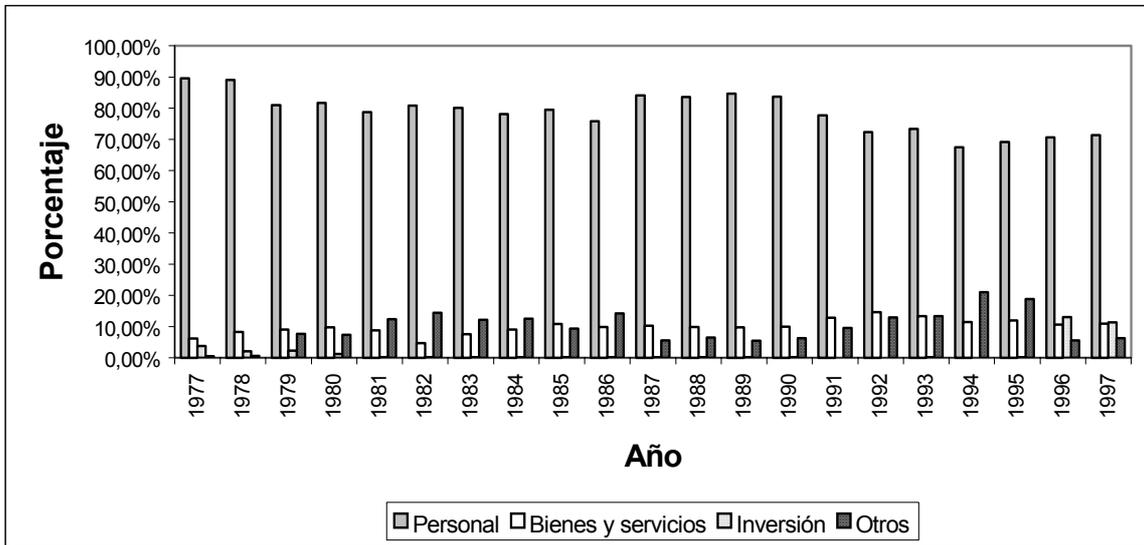


1.5 Composición del gasto judicial

Al analizar la composición del GJE resalta lo extraordinariamente bajo que es el ítem destinado a inversiones y lo gravitante que es el de las remuneraciones. El primero alcanza su piso mínimo en el año 1991, con un 0,01% del GJE y su tope en el año 1996, con un 13,8%, año que por cierto se obtiene el menor porcentaje de GJE sobre el presupuestado en la década. Resulta impresionante el cambio experimentado en este ítem durante los años 90.

En lo que dice relación al rubro personal, el porcentaje más alto, de un 89,56% se alcanza al principio del período analizado y el más bajo en el año 1994, con un 67,51%. De tal forma pareciera irse consolidando una cierta tendencia de invertir más en este sector y no centrar todas las políticas exclusivamente en el tema remuneratorio. Así y todo, siendo el Poder Judicial una entidad prestadora de servicios de carácter profesional resulta razonable pensar que un porcentaje muy elevado de sus recursos seguirá destinándose al ítem remuneraciones. De hecho, las políticas de aumentos de remuneraciones de los últimos años han llevado a que se eleve ligeramente la participación de este ítem, lo que debiera acentuarse con los aumentos progresivos de remuneraciones vigentes desde 1998. Estos cambios no se han asociado directamente a una mayor productividad del sistema, salvo un bono de desempeño establecido en el último plan, el que consume un porcentaje menor de los nuevos recursos destinados al rubro. En el gráfico que sigue se evidencia lo anteriormente señalado.

Gráfico N° 18
Distribución del GJP



2. GASTO Y PRODUCTIVIDAD JUDICIAL

En este apartado analizaremos la incidencia que han tenido los vaivenes presupuestarios del Poder Judicial en su productividad. Nuestro objetivo principal es tratar de determinar si los recursos adicionales invertidos en él se traducen o no en mayor productividad.

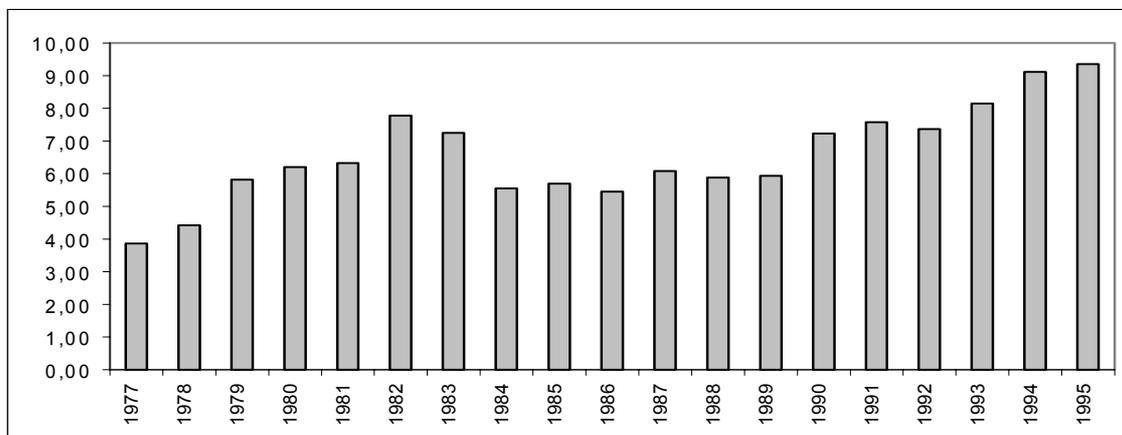
Usaremos un concepto restringido de productividad. Nos limitaremos a analizar el flujo de trabajo del sistema –ingresos y egresos- sin entrar a calificar la calidad del mismo por carecer de indicadores al respecto.

Nuevamente centraremos nuestro análisis en los datos sobre ingresos de causas a la primera instancia (causas civiles, criminales, laborales, menores civiles y menores infraccionales), pues ellos son los que mejor revelan la demanda por servicios de justicia, evitando una doble contabilización de la misma. Para ello utilizaremos las estadísticas judiciales publicadas por el INE, sin perjuicio de reconocer, como hemos dicho previamente, que ellas distan de ser plenamente fiables. Como tales estadísticas se encuentran procesadas sólo hasta las correspondientes al año 1995, nuestro análisis tendrá como límite esa fecha. Estudiaremos dos períodos, uno largo, que corre entre los años 1977 y 1995 y uno corto, entre los años 1990 y 1995, que corresponde a las políticas implementadas en el área por los gobiernos de la Concertación.

2.1 Gasto judicial e ingreso de causas

En el período que analizamos el número de causas ingresadas aumentó significativamente en el país. En 1977 ingresaban 3,86 causas cada 100 habitantes, cantidad que se eleva a 9,35 en 1995. A continuación graficamos la evolución que han tenido las causas ingresadas en relación a la población.

Gráfico N° 19
Causas ingresadas cada 100 habitantes



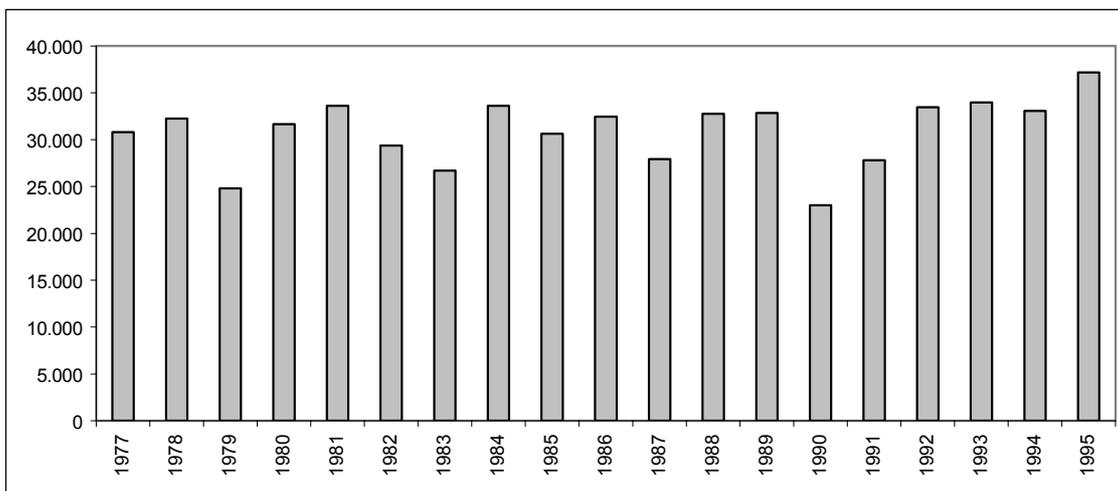
Estos índices nos acercan a los de países desarrollados como Estados Unidos -14,5- o España -10,3- y son ampliamente superiores a los de países latinoamericanos como Argentina -5,8- y Uruguay -5,1- (Bittencourt, 1997).

Una primera conclusión entonces es que los significativos aumentos en gasto judicial coinciden con un pronunciado crecimiento de los ingresos judiciales. Así, en el período 1977-1995 el GJE creció en un 289%, aumentando por su parte el ingreso de causas en un 223%. Sin embargo, tal coincidencia se rompe si analizamos solamente el período corto que va entre los años 1990 y 1995. En él el GJE creció en un 127%, pero los ingresos lo hicieron sólo en un 40%.

Traducidas las cifras anteriores al costo por causa ingresada, tenemos que cada una de ellas pasa a costar de \$ 30.818 en el año 1977 a \$ 37.172 en 1995, lo que implica un crecimiento de un 21%. En el período corto este crecimiento es bastante mayor pues alcanza a un 62% (de \$ 23.000 a los \$ 37.172).

A continuación se grafica la evolución de la relación entre GJE y causas ingresadas.

Gráfico N° 20
GJE por causa ingresada



EL GJE por causa ingresada alcanza el equivalente a US\$ 82 en Chile, cifra muy inferior a la que alcanzan otros países como Argentina, US\$ 760; USA, US\$ 451; España, US\$ 287; y Uruguay US\$ 256 (Bittencourt, 1997).

Debe resaltarse que en el período en que más fuertemente se vio deprimido el GJE, entre los años 1983 y 1987 en que bajó un 21,5%, los ingresos judiciales decrecieron solamente en un 15%. A la inversa, en el período de mayor crecimiento del GJE (1990 – 1995, 127%), los ingresos crecieron solamente en un 40%. Es decir, tanto el decrecimiento como el crecimiento del presupuesto sigue una tendencia similar al ingreso de causas, pero en una proporción agudizada.

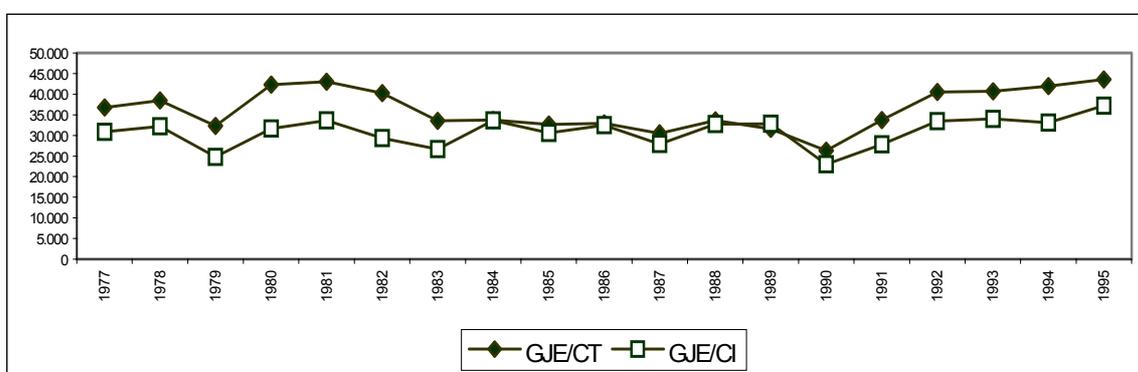
2.2 Gastos judiciales y causas terminadas

Más significativo que medir la relación entre GJE e ingreso de causas, factor este exógeno al Poder Judicial, lo es medirlo con relación a las causas terminadas. En el período entre 1977 y 1995 el factor de gestión del Poder Judicial, es decir, la relación existente entre causas ingresadas y terminadas que permite apreciar la capacidad de respuesta de los tribunales frente a su demanda, osciló entre 0,96 en 1989, que constituye el mejor año (terminó más causas de las iniciadas, descargándose así de trabajo pendiente) y 1,37 en 1982, que constituye el peor año (no pudo terminar una cantidad prácticamente equivalente a un tercio de las causas que le ingresaron, aumentando así las pendientes). El factor de gestión experimenta en el período pronunciados cambios que no parecen correlacionarse con los factores presupuestarios, pues de los 13 años en que el GJE aumentó con relación al año anterior, en 8 el índice de gestión mejoró, pero en cinco empeoró. A la inversa, en los 5 años en que el GJE disminuyó, en 3 el índice de gestión empeoró, pero en 2 mejoró.

En todo caso, el factor de gestión mejoró entre el comienzo y el final del período largo, de 1,19 en 1977 a 1,17 en 1995 y empeoró en el período corto, de 1,14 en 1990 al 1,17 de 1995.

En el siguiente cuadro se observa la evolución del gasto por causa terminada en comparación con las ingresadas, registrándose una tendencia bastante similar entre ambos, lo que da cuenta de que las fluctuaciones entre causas ingresadas y terminadas son, por lo general, idénticas. Es decir, cuando aumenta la carga de trabajo de los tribunales estos reaccionan terminando más asuntos de forma tal de mantener en un rango relativamente constante las causas pendientes. Ello también contribuye al crecimiento de la capacidad de oferta del sistema, factor que analizaremos más adelante.¹³⁰

Gráfico N° 21
Comparación del GJE por causa terminada (CT) e ingresada (CI)



2.3 Gasto judicial y causas terminadas por sentencia y avenimiento

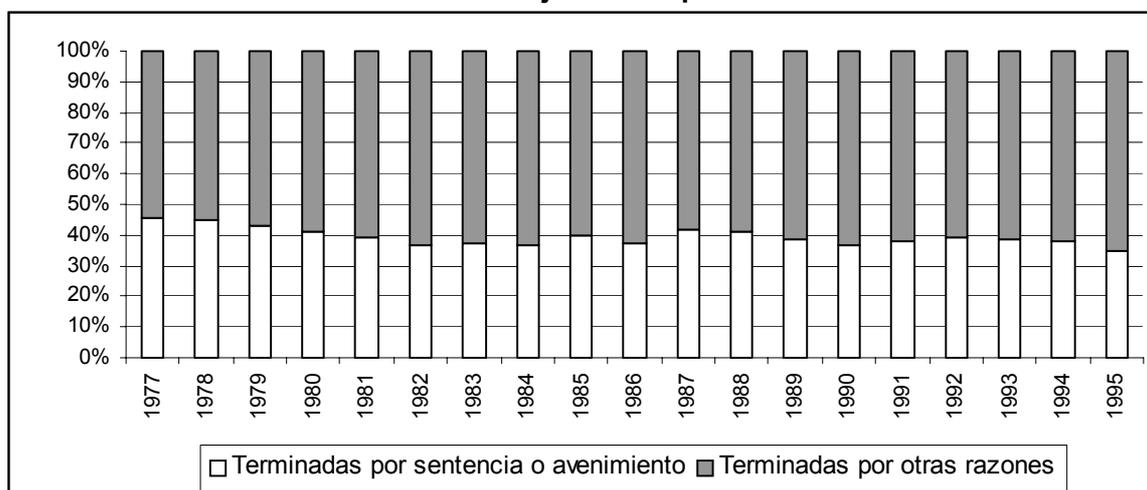
Este nivel de respuesta del Poder Judicial debe relativizarse al descomponer la forma en que las causas son terminadas. Si consideramos como formas satisfactorias de resolución de un conflicto el término de las causas por sentencia (o sobreseimiento definitivo en el caso de las penales) o avenimiento, nos damos cuenta que la evolución experimentada en el período es bastante menos alentadora. Como ya señalamos, entre 1977-1995 el GJE creció en un 289%. En ese mismo lapso las causas terminadas por sentencia o avenimiento lo hacen en un 152%, porcentaje bastante inferior al 228% de crecimiento en las causas terminadas totales. Es decir, al cabo el período el costo de producir una sentencia o avenimiento sube en forma muy significativa, de \$ 80.846 en 1977 a \$ 124.872 en 1995. De ello podemos inferir que ante el exceso de demanda que reciben los tribunales tienden a terminar las causas por vías anormales, como el sobreseimiento temporal en materia penal o el simple archivo ("otros motivos") en materia civil.

¹³⁰

Bien podría pensarse que si los tribunales mantuvieran en todo momento las altas cuotas de productividad que muestran cuando aumentan sus ingresos de causas, estarían en condiciones en los períodos de baja terminar con la carga de causas pendientes que mantienen.

En el siguiente gráfico se presenta en términos porcentuales la evolución habida entre los diversos motivos de término de las causas judiciales.

Gráfico 6
Evolución de las causas judiciales por motivo de término

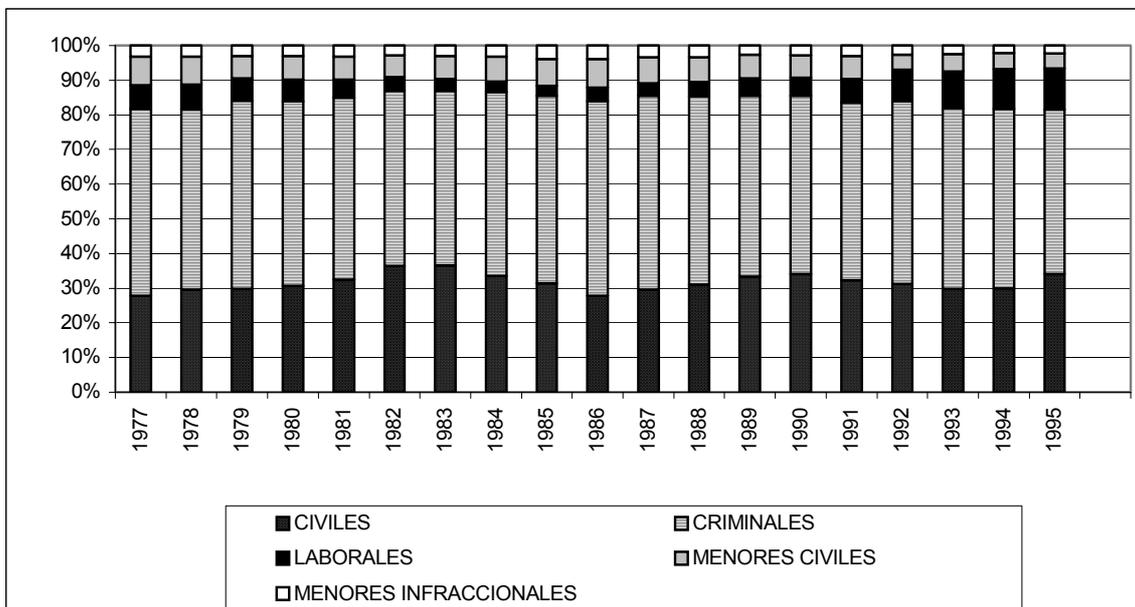


Tal situación, sin embargo, no tiene una interpretación uniforme entre los diferentes tipos de causas. Así, en materia penal, uno podría sostener sin más que el término de una causa por una vía distinta al sobreseimiento definitivo o a una sentencia constituye un fracaso en la investigación. Pero ello no es necesariamente así en otras competencias, como en la civil. En ella se dan dos situaciones que complejizan el análisis. Por una parte, hay causas que no necesariamente terminan por sentencia, como las gestiones preparatorias a la vía ejecutiva. Por la otra, no podemos saber si alguna proporción de las causas civiles que terminaron por otros motivos se deben a soluciones extrajudiciales no notificadas al tribunal, en donde el proceso judicial puede haber tenido alguna incidencia.

Otro factor a considerar es que la dictación de una sentencia por un tribunal no significa necesariamente que éste termine su trabajo con relación a esa causa. Ello es particularmente claro en las causas de familia, en que el tribunal las más de las veces debe continuar haciéndose cargo de todos los temas vinculados al pago de las pensiones o el régimen de visitas y a eventuales modificaciones que éstos deban sufrir.

Sin embargo, estas disquisiciones pierden al menos parte de su fuerza al analizar la forma como se han distribuido los ingresos judiciales en el largo período que cubre nuestro análisis. Como se puede apreciar en el siguiente gráfico, la distribución de causas - independientemente de su crecimiento- se mantiene bastante uniforme con excepción de lo laboral. Por ello, en principio, también sería esperable que se mantuviera relativamente constante la relación entre causas terminadas y causas terminadas por sentencia y avenimiento.

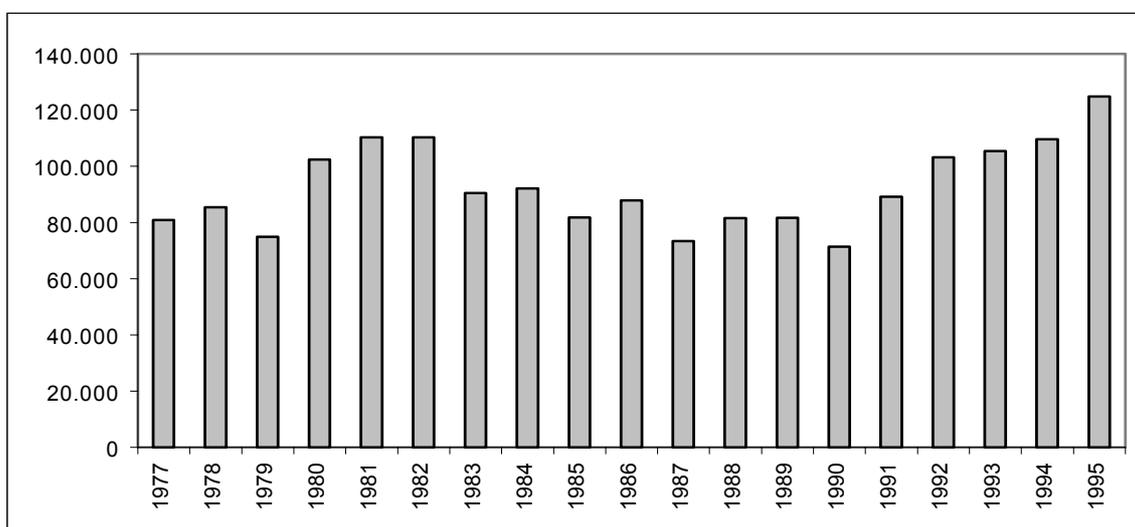
Gráfico N° 22
Distribución de causas ingresadas por materias



Al interior de las materias tampoco han habido cambios tan significativos que justificaran una alteración tan importante como la anotada de la proporción de causas terminadas con sentencia y avenimiento. Ello donde podría tener mayores consecuencias hubiera sido en materia civil, por las razones antes expuestas, pero allí nos encontramos que las cobranzas (gestiones preparatorias a la vía ejecutiva más juicios ejecutivos), que son las más relevantes, al principio del período representaban un 59% del ingreso total de causas civiles, llegando al final del mismo a representar un 63%, lo que no es una oscilación tan importante como para alterar nuestras conclusiones.

En todo caso, el encarecimiento de las causas terminadas con sentencia o avenimiento no es progresivo en el tiempo, experimentando fuertes cambios en el período analizado, como puede observarse en el siguiente gráfico.

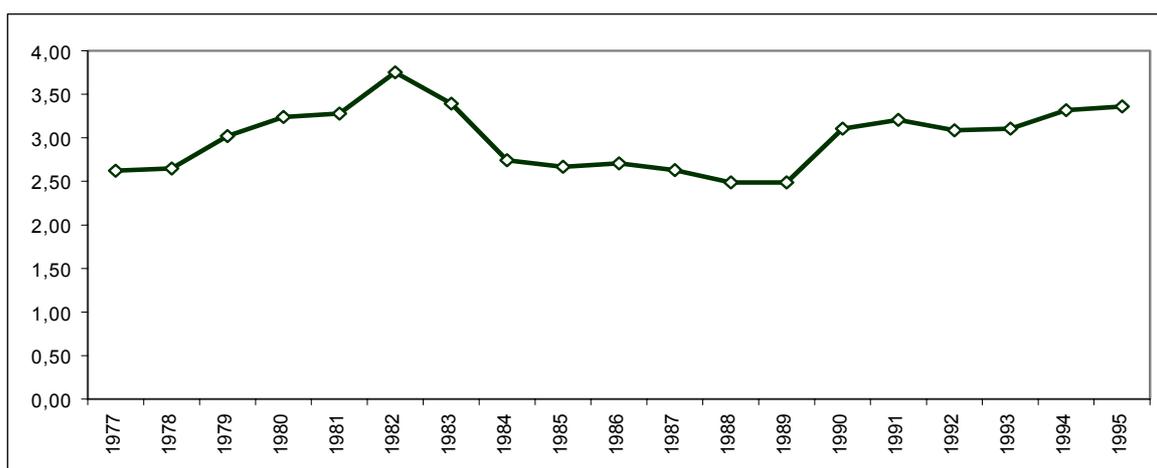
Gráfico N° 23
GJE / Causas terminadas por sentencia o avenimiento



Como puede observarse del siguiente gráfico, la evolución experimentada por el costo de cada causa terminada por sentencia o avenimiento es bastante similar a la que sigue el factor de gestión calculado para este tipo de causas.

Lo curioso es que la evolución del factor de gestión no se correlaciona, de la misma forma como lo hacía en las causas ingresadas, con las variaciones en el GJE. Así, en el período analizado de los 13 años en que aumenta el GJE con relación al anterior, sólo 3 veces mejora el factor de gestión y en 10 empeora. Por su parte, de los 5 años en que disminuye el GJE, sólo una vez empeora el factor y cuatro mejora. Es decir, aunque resulta paradójal, el factor de gestión de las causas terminadas por sentencia o avenimiento se comporta mejor cuando disminuye el presupuesto judicial con relación al del año anterior que cuando aumenta. A continuación se grafica la evolución del factor de gestión en el período.

Gráfico N° 24
Evolución Factor de Gestión causas terminadas por sentencia o avenimiento



Analizado exclusivamente el período corto, de 1990 a 1995, la variación de las causas terminadas por sentencia o avenimiento resulta mucho más dispar aún que la del GJE. Las sentencias y avenimientos sólo aumentaron en un 30%, mientras que el GJE lo hizo en un 289%.

3. GASTO JUDICIAL Y COBERTURA

Resulta interesante pasar a estudiar como se comporta la cobertura de servicios judiciales en este período, con el fin de apreciar si es posible atribuir a variaciones en ésta el gran crecimiento experimentado por el GJE. La dotación de juzgados de primera instancia creció entre 1977 y 1985 en 91 tribunales. En el primero de los años nombrados había 256 juzgados de primera instancia, los cuales se dividían en 18 civiles, 27 criminales, 32 laborales, 32 de menores y 147 mixtos (estos últimos representaban el 57,4% del total). En 1995 había en cambio 351 tribunales, de los cuales eran 49 civiles, 58 criminales, 20 laborales, 46 de menores y 178 mixtos (bajando estos últimos al 50,7% del total). Es decir, la dotación de tribunales había aumentado en un 37% en un período en que, como hemos señalado anteriormente, el GJE subió en un 289%.

El crecimiento experimentado por los tribunales es superior al experimentado por la población, razón por la cual la relación entre juzgados cada 100.000 habitantes, que es el indicador estándar en el sector, se mejora, aunque ligeramente.

Cuadro N° 30
Evolución de juzgados y relación con población

Años	Total de Juzgados de Primera Instancia	Juzgados por cada 100.000 Habitantes
1977	256	2,40
1978	256	2,37
1979	270	2,46
1980	272	2,44
1981	285	2,52
1982	288	2,54
1983	304	2,59
1984	304	2,55
1985	304	2,51
1986	317	2,57
1987	317	2,53
1988	324	2,54
1989	325	2,51
1990	325	2,48
1991	326	2,45
1992	326	2,41
1993	347	2,52
1994	347	2,48
1995	351	2,47

Para comparar esta cobertura con los índices existentes para otros países es necesario sumar las otras categorías de jueces existentes en el país, al año 1995, los miembros de la Corte Suprema eran 17 y los ministros integrantes de Cortes de Apelaciones 119, con lo que sumados los jueces de primera instancia, da un total de 483 jueces en el

país, lo que da una relación de 3,4 cada 100.000 habitantes. En tanto, la relación en otros países del área es la siguiente.

Cuadro N° 31
Número de jueces cada 100.000 habitantes

PAIS	# / 100.000 habitantes
COLOMBIA	17,1
URUGUAY	15,5
ESTADOS UNIDOS ¹³¹	11
ARGENTINA	11
COSTA RICA	11
EL SALVADOR	9
BOLIVIA	8
NICARAGUA	7,8
ECUADOR	4,7
CHILE	3,4
GUATEMALA	3
ESPAÑA	2
PAISES BAJOS	2

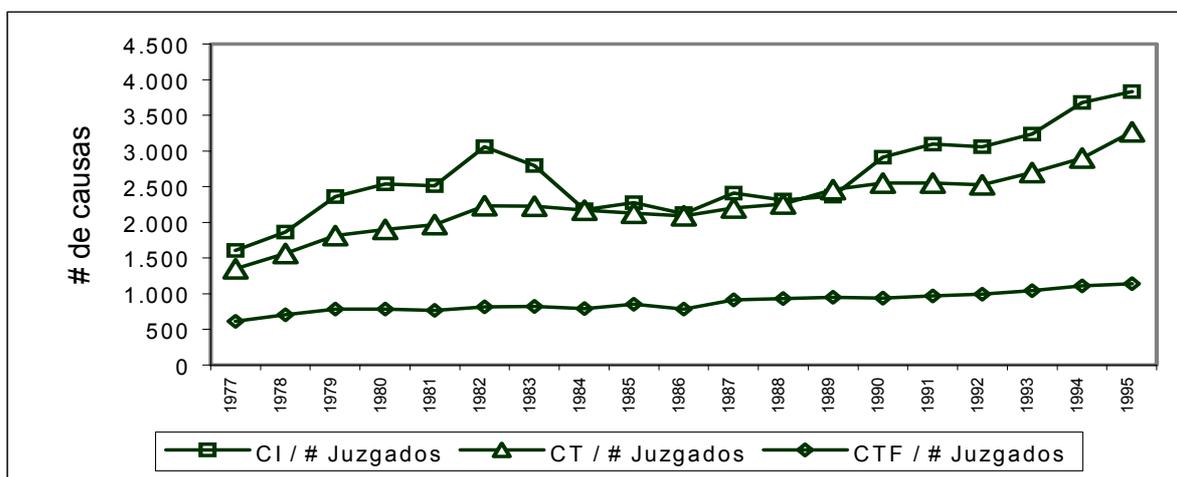
Fuente: Martínez, 1995 y datos propios.

Al igual a lo que sucedía con las comparaciones presupuestarias, estas cifras deben tomarse con mucha cautela. En algunos países se consideran dentro de la categoría de jueces a funcionarios que no lo son realmente, como en el caso de Colombia en que se incluye a los fiscales. Otros países suman a los jueces de paz, que perfectamente podrían ser equiparables a nuestros jueces de policía local, los que nosotros no contamos.

El aumento de los tribunales ha sido menor que la carga de trabajo que debe soportar el sistema, así cada juzgado debió al final del período recibir más ingresos que al comienzo. Del mismo modo, produjeron más causas terminadas y causas terminadas por fallo o avenimiento. Estas últimas en una proporción menor que las anteriores, como se ve en el gráfico siguiente.

¹³¹ Los datos corresponden a Bittencourt, 1997 y consideran a los jueces estatales y a los federales. Si se contabilizan nada más estos últimos, como lo hace Martínez, la cifra alcanza sólo a 2 cada 100.000 habitantes.

Gráfico N° 25
Relación entre causas ingresadas (CI), terminadas (CT) y terminadas por sentencia o avenimiento (CTF) y número de juzgados



En la actualidad cada juzgado es más caro que hace dos décadas. La relación existente entre GJE y tribunales sube de \$ 49.577.158 en 1977 a \$ 142.388.761 en el año 1995. Ello permitiría concluir que los mayores recursos asignados al sector no han ido a la creación de nuevos tribunales, ni al aumento proporcional de la cobertura judicial, sino a otros rubros. Desde esta década ello por lo demás ha constituido una política explícita de los gobiernos de la Concertación, los que a través de dos planes han perseguido fundamentalmente mejorar las remuneraciones de los funcionarios del Poder Judicial. De hecho el rubro personal aumentó en el período corrido entre 1977 y 1997 en un 417% en circunstancias que el GJE lo hizo en es mismo lapso en un 365%. Pero no es éste el único factor que explica el encarecimiento de los juzgados –incluso, como ya se vio, el rubro remuneraciones disminuye al final del período su participación en el total del GJE–, sino también el alza en los costos de operación. El ítem inversión es prácticamente inexistente en todo el período salvo los últimos dos años cuando crece extraordinariamente.

4. FOCALIZACIÓN DEL GASTO EN JUSTICIA

4.1 Gratuidad de la justicia y acceso a los servicios de resolución de conflictos

En el medio jurídico nacional se acepta como un principio de la máxima importancia que los servicios judiciales deban ser gratuitos. Se estima que la gratuidad es la única forma de hacer plenamente efectivas las garantías de la igualdad ante la ley – el cobro, se argumenta, impediría o restringiría el acceso a los servicios judiciales a las personas de menores recursos – y, por ende, a la de la tutela jurídica efectiva, la que sólo es posible lograr a través del acceso sin restricciones a los servicios judiciales. Siguiendo tal lógica, si a una persona el Estado le asigna o reconoce un derecho, no debieran haber obstáculos para que tal atributo pueda materializarse, lo que se logra, en casos de conflicto, a través de la acción de los tribunales, aspecto éste que carecería de bienes sustitutos.

La idea de gratuidad se asocia con una cierta noción de que la justicia es un bien público – aún cuando no la encontramos explicitada de tal modo -. Si es la sociedad toda quien tiene interés en que los conflictos se resuelvan “civilizadamente”, más allá del interés que tengan los sujetos comprometidos en el litigio, resulta natural que sea el fisco quien cubra los costos de tal resolución, pues sería la única forma que las personas concurrieran con sus conflictos ante los tribunales y no actuaran como polizones (free riding).

Ya hemos desarrollado los poderosos argumentos que existen para descartar que la justicia –al menos los servicios que actualmente brinda- constituya un bien público, por lo que no nos extenderemos en ellos en este momento. Sí es interesante resaltar que la gratuidad de los servicios judiciales no alcanza, en principio, a otros costes directos, que hemos llamado privados, que apareja todo juicio, tales como los correspondientes a honorarios de abogados, gastos de receptor, notarios, conservadores de bienes raíces, martillero, etc. y los gastos informales que en los hechos exige la tramitación de una causa (pagos por fotocopias, confección de oficios, etc.).¹³² Eventualmente, si una persona es pobre y lo acredita en el juicio puede también verse liberada de algunos de estos pagos a través del llamado “privilegio de pobreza”. Este beneficio opera de forma totalmente distinta al financiamiento estatal de los tribunales, pues se concede sólo a quienes reúnen las condiciones socioeconómicas para ello.¹³³ Si el Estado considerara realmente a toda la justicia como un bien público, la proveería íntegramente, incluyendo todos los costos que intervienen en la decisión de una persona para llevar o no un caso a los tribunales.

De hecho, en la justicia criminal, que es la única de primera instancia donde realmente nos acercamos a un bien público, nos encontramos con que el Estado no sólo financia el funcionamiento de los tribunales que conocen de esas causas, sino también a los fiscales y la policía (que actúan en la acusación) y a la defensa. Este último punto es relevante ya que el Estado provee un abogado defensor a toda persona que no desee proporcionárselo a sí mismo, independientemente de su posición económica. Ello por la

¹³² No alcanza tampoco a los costos indirectos, dentro de los cuales sin dudas los más significativos son los asociados al tiempo destinado al efecto.

¹³³ Este beneficio no significa que el Estado asuma los costos de brindar tales servicios, sino simplemente que quienes los dan quedan privados de cobrar por los mismos, estableciéndose para ellos una verdadera carga pública, lo que obviamente afecta la calidad con que ejecutan sus funciones.

sencilla razón de que la defensa no va en su exclusivo beneficio, sino del sistema de justicia: sin defensa no puede haber juicio y el Estado no puede aceptar que, por el sólo hecho de no contratar un defensor, el inculpado pueda paralizar el procedimiento.¹³⁴

La justicia es gratuita no sólo en Chile sino en un elevado número de países. En Ecuador, por ejemplo, la Constitución lo establece expresamente. En España se le da una importancia extrema a este tema, lo que se evidencia en las palabras de Antonio Carrero, para quien “la gratuidad de la justicia en el proceso, es una cuestión de coherencia, e incluso de elegancia” (citado por Cremades, 1994)

La gratuidad de la justicia comprende, en principio, la exoneración de los pagos por el uso de los servicios públicos de justicia; es decir, por el pago de los gastos que importa poner en funcionamiento un sistema de tribunales: inversión, operación y sueldos de los funcionarios, los cuales pasan a ser cubiertos íntegramente por el Estado. Esta exoneración es total, independientemente de la calidad de las partes – demandante o demandado- y, como hemos dicho, de su condición económica.

La gratuidad de la justicia es tal independientemente de los resultados del litigio. La parte perdedora puede ser condenada en costas, es decir, en la sentencia se le puede obligar a soportar todos los gastos del juicio, no sólo los propios sino también los de la contraparte, pero tales gastos no se extienden a los que hemos llamados costos públicos de la justicia.

El fuerte arraigo que tiene en la actualidad el sistema descrito hace olvidar que hasta no hace mucho tiempo atrás se funcionaba de una forma distinta. En la época colonial los tribunales tenían una débil organización institucional, constituyendo las secretarías de los mismos una suerte de empresas privadas, las que estaban en poder de un secretario que las podía organizar discrecionalmente. No trabajaban en ella funcionarios públicos, sino empleados al servicio del secretario. El secretario cobraba por sus servicios y existía algún grado de competencia entre ellos. Residuos de esta organización se mantienen hasta hoy en materias voluntarias, donde a los secretarios les está permitido cobrar por ciertos servicios, como ser la confección de inventarios y lo es también la institución de los meritantes, que son personas que entran a trabajar a un tribunal sin tener contrato, con la esperanza de poder hacer reemplazos, cobrar por algunos servicios y posteriormente ser designados en el cargo. Igualmente, la organización de los despachos de los notarios conservan, por lo general, similar forma a las antiguas secretarías hasta la actualidad.

El afán por burocratizar la labor de los tribunales, en la concepción weberiana del término, llevó a terminar con la organización privada de los servicios judiciales, para convertir a todos a quienes allí laboraban en funcionarios, sujetos a una carrera y a un régimen de incompatibilidades y disciplina. Ello permitió aplacar problemas de corrupción al interior del sistema pero a costa de terminar el sistema de incentivos existente.

Pero tal cambio no significó abolir el sistema de tasas judiciales, las que se mantuvieron en beneficio fiscal por muchos años, sin perjuicio de que fueran perdiendo con el tiempo su relevancia económica.¹³⁵ Estas tasas, al igual que ciertas consignaciones que

¹³⁴ No obsta a nuestra argumentación el que posteriormente se le cobre a quien tiene recursos los costes de su defensa, que es lo que se está proponiendo en el proyecto de defensa pública en discusión en Chile.

¹³⁵ El impuesto a las actuaciones judiciales fue derogado por el Decreto Ley N° 3.475 recién en 1980.

se les exige a las partes para poder deducir algunos recursos (como el de queja) o realizar ciertas actuaciones (inhabilitar a un abogado integrante), perseguían desincentivar la realización de actuaciones judiciales más que financiar el funcionamiento de la justicia. La evolución de las consignaciones es clara en tal sentido, ya que han ido siendo alzadas a medida que aumenta la carga de trabajo (Piedrabuena, 1995)¹³⁶

La principal consecuencia de la gratuidad de la justicia es la exclusión de los más pobres. Es decir, se genera el efecto inverso al buscado, por la sencilla razón de que la justicia no es un bien público, ni tampoco un servicio con capacidad ociosa. Esta exclusión se produce en los hechos, independientemente de la declaración que hace la ley, según la cual todas las personas pueden concurrir con sus problemas ante los tribunales, las que no pueden en caso alguno excusarse de aceptarlos.¹³⁷ En la realidad, la concurrencia de un nuevo usuario del bien justicia no puede más que implicar un perjuicio para la posibilidad de que otros puedan concurrir. Tal perjuicio no es otro que la forma que el sistema judicial busca para adecuar su capacidad de oferta con la demanda de que es objeto y que rápidamente excede su capacidad de respuesta. Tal respuesta se canaliza por alguna de estas dos vías: alargando la duración de los procedimientos, o bien estableciendo mecanismos de selección que no están contemplados en la ley, ni hay posibilidad de controlarlos, que implican, en los hechos, no resolver determinados tipos de asuntos. Ambos efectos perjudican especialmente a los más pobres por la situación de marginalidad en que se encuentran, lo que les impide solventar servicios de asistencia letrada eficaces que son el único remedio para enfrentar tales fenómenos.

La inexistencia de un precio por los servicios judiciales genera entonces la llamada “tragedia de los comunes”, a que ya hemos hecho referencia, conforme a la cual cada sujeto obrando a partir de su propia función de utilidad tiende a sobreexplotar el bien justicia con lo que es la utilidad social agregada la que disminuye.

Un subsidio a la justicia en estas condiciones genera ineficiencias, ya que las personas no toman en cuenta, al momento de decidir litigar, todos los costes que implica el juicio. Al considerar costes menores a los reales (ya que no suma los costes públicos de litigar) a la persona puede convenirle ir a los tribunales (demandar o defenderse en un juicio) aún cuando ello resulte ineficiente para la sociedad. Un ejemplo muy simple puede ilustrar lo anterior.

Costos privados de litigar	= 100
Costos públicos de litigar	= 50
Beneficio probable del juicio ¹³⁸	= 125

¹³⁶ Existen otros instrumentos destinados a impedir o desincentivar la interposición de recursos, tales como la fijación de una cuantía mínima para que sea procedente, o el establecimiento de multas para el caso de ser desechado. Resulta clara la utilización de las consignaciones y multas como un instrumento de política judicial al analizar la evolución de las mismas comparativamente en los recursos de casación y queja. En el primero, cuya mayor interposición se ha tratado de alentar, se suprimió por la ley 19.374 la necesidad de efectuar consignaciones – sin mayor fundamento ni debate -. En el segundo, la Ley 18.882, estableció que si el recurso era desechado por unanimidad debía condenarse en costas al recurrente y, además, al pago de una multa.

¹³⁷ Como se ve, tal declaración legal pretende evitar el efecto propio de los bienes privados, en donde cada nuevo consumidor excluye a uno potencial.

¹³⁸ Bien lo que puede ganar un demandante o ahorrarse de pagar un demandado. El beneficio probable proviene de una estimación de las posibilidades de ganar o perder, así si el demandante

En este ejemplo, si la persona sólo asume sus costes privados, le conviene litigar, ya que estos alcanzan a 100, pero espera recibir un beneficio de 125, con lo que obtiene una utilidad o ganancia. Si ella tuviera que integrar todos los costes, que es lo que hace la sociedad, la situación varía, ya que los costos alcanzan a 150, con lo que hay una pérdida de 25.

Este sistema lleva entonces a que hayan más juicios de lo socialmente óptimo.

Tanto o más grave es que siendo este subsidio sólo parcial (los costes públicos de justicia y no los privados), termina siendo regresivo (se aprovechan de él los con mayores recursos), produciéndose una menor cantidad de demandas de las personas pobres de lo que sería óptimo. Un nuevo ejemplo puede también ilustrar esta situación.

Costos privados de litigar	= 100
Costos públicos de litigar	= 50
Beneficio probable del juicio	= 175

En este caso a la sociedad le convendría que la persona demandara, ya que hay una utilidad social en ello de 25 (la utilidad privada es aún más alta, de 75). Sin embargo, si la persona carece de recursos puede no tener como financiar los 100 que le cuesta demandar; problema que no alcanza a alguien que sí los tiene. Esta es una situación nada excepcional. Los pobres declaran tener muchas limitaciones para acceder a servicios jurídicos gratuitos¹³⁹ y los abogados consideran por lo general poco atractivos este tipo de asuntos como para asumirlos con cargo a las resultas del juicio que, como más adelante veremos, es el más eficiente y el único que podría obviar, al menos en parte, estos problemas. Todo ello permite explicar porque los pobres tienen una peor imagen de la justicia que las personas con mayores recursos.¹⁴⁰

4.2 Regresividad del gasto judicial en Chile

Con el fin de comprobar la hipótesis de que la gratuidad con que el Estado ofrece los servicios judiciales lleva a que éstos sean aprovechados en mayor medida por las personas con mayores recursos o que, desde el punto de vista contrario, éstos no benefician preferentemente a las personas con menores recursos, procedimos a hacer un análisis empírico de la focalización del gasto en justicia en el país.

Para poder realizar tal cotejo se utilizó como indicador de la situación socioeconómica de las comunas del país el fijado en los “Mapas Territoriales de Pobreza por Región” elaborados por el Ministerio de Planificación y Cooperación.¹⁴¹ En estos se agrupan a la totalidad de las comunas del país en tres categorías: no pobres, pobres y prioritarias, siendo estas últimas las aquejadas por problemas de pobreza más agudos y rebeldes y, por ende,

estima que tiene una 50% de posibilidades de ganar y, en caso de que ello suceda, obtendrá 250, implica que su beneficio probable alcanza a la cantidad de 125.

¹³⁹ Barros y Correa, 1993

¹⁴⁰ Idem. Los encuestados declaran que “la justicia se divide en una para los ricos y otra para los pobres” (88,7%), o “en la justicia chilena todo se arregla con plata” (86,5%)

¹⁴¹ Estos Mapas han sido elaborados en el marco del Programa Nacional de Superación de la Pobreza (Ministerio de Planificación y Cooperación, 1996)

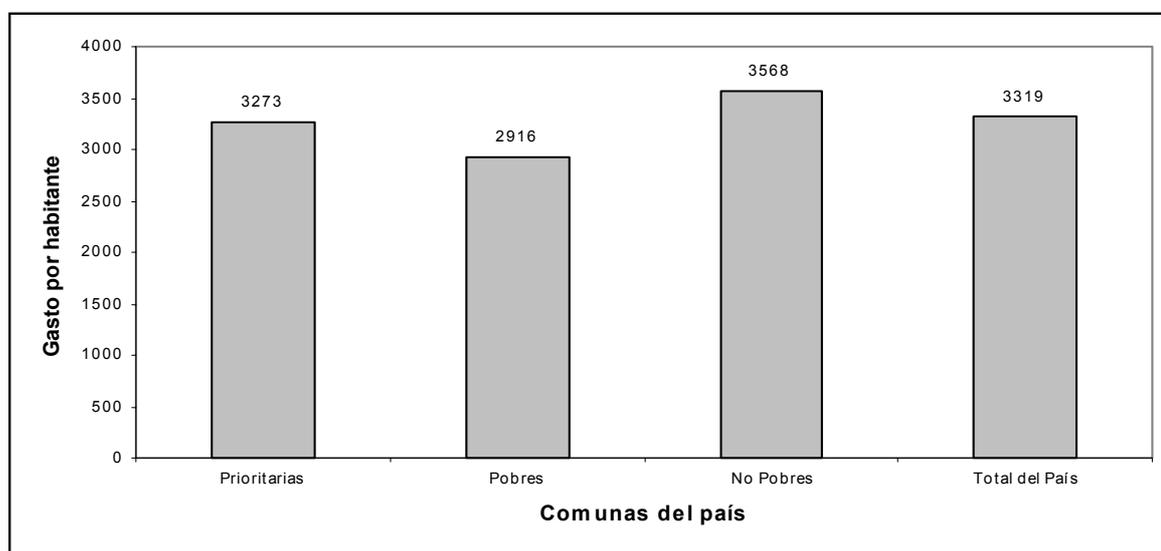
donde deben concentrarse preferentemente los esfuerzos y las políticas que despliegue el Estado.

En el desarrollo de estos Mapas intervinieron las Secretarías Ministeriales de Planificación y Coordinación (SERPLAC). Para ello utilizaron un amplio conjunto de estudios, entre los que destacan los siguientes: del Fondo de Solidaridad e Inversión social (FOSIS), en que se identifican las 77 comunas más pobres de país; de la UNICEF y el Ministerio de Salud, en que se identifican las 100 comunas más pobres o prioritarias; del Ministerio de agricultura que ordena las comunas pobres rurales y que comprende a 286 comunas ubicadas entre la IV y X Región del país; la Encuesta de Caracterización Socio-Económica Nacional (CASEN), para aquellas comunas en que tiene representatividad, y la Ficha de Caracterización Social (CAS). De tal forma fue posible determinar la existencia en el país de 54 comunas con carácter prioritario, 104 comunas pobres y 178 comunas no pobres.

Estos antecedentes fueron cotejados con el gasto en justicia por jurisdicción. Para obtener tal información debimos desagregar el gasto judicial, lo que hicimos a partir de los gastos de GJE del año 1996. Se le asignó a cada juzgado el gasto que le correspondía por concepto de personal y arriendos, datos que están disponibles, y se prorrataron los gastos de operaciones pues las cifras de éstos se tienen sólo a nivel de Corte de Apelaciones. Los gastos por jurisdicción los dividimos por el número de juzgados en el caso de que ésta estuviera integrada por más de uno. El Poder Judicial no se encuentra sometido a los criterios generales de división administrativa del país, razón por la cual existen jurisdicciones que abarcan más de una comuna (las jurisdicciones eran 122 y las comunas 336), por lo que debimos extrapolar en forma uniforme los datos obtenidos a las distintas comunas que comprenden cada una de esas jurisdicciones.

Los resultados obtenidos permiten concluir que la inversión en justicia en el país es claramente regresiva. Las comunas prioritarias y pobres del país reciben menos recursos per cápita para justicia que las comunas de mayores recursos. Las dos primeras, además, están bajo la media nacional. Como se visualiza en el siguiente gráfico, el gasto promedio en justicia por habitante ascendió en 1996 a \$ 3.319, con una desviación estándar entre las diversas comunas estudiadas de \$ 3.176. Las únicas comunas que superan tal media son las no pobres (\$ 3.568), en circunstancias que tanto las pobres como las prioritarias están bajo la media (\$ 2.916 y \$ 3.273, respectivamente).

Gráfico N° 26
Gasto por habitante en justicia según tipo de comuna



Dentro de las comunas con algún grado de pobreza se observa cierta focalización, ya que las de extrema pobreza (prioritarias) obtienen más recursos por habitantes para justicia que las simplemente pobres.

El análisis por habitante presenta algunas distorsiones para apreciar con toda exactitud la focalización del gasto, ya que los delitos se tramitan en la jurisdicción donde éstos ocurren y no donde las partes involucradas habitan, esto afecta mayormente a las comunas con altos niveles de población flotante como lo son las de las grandes ciudades.

Las diferencias a lo largo país son bastante marcadas. Las jurisdicciones con mayores gastos corresponden a jurisdicciones de los extremos y con pocos habitantes, y en forma opuesta se da que las con menores gastos son más centrales y con mayor cantidad de habitantes. De hecho el patrón geográfico pareciera ser el único criterio para la distribución del gasto en justicia, ante la ausencia de cualquier criterio de focalización o pauta estándar entre comunas de igual perfil socioeconómico.

Un ranking de las 6 jurisdicciones con mayores gastos y las seis con menores gastos por habitante queda integrado de la siguiente manera.

Cuadro N° 32
Ranking de jurisdicciones

Jurisdicción	Situación socioeconómica	Habitantes	Ranking sobre 120	\$ por habitante en justicia
Isla de Pascua	No Pobre	2.764 2.764	1	31.731
Cochrane O'Higgins Tortel	No Pobre Prioritaria Pobre	2.996 337 448 3.781	2	24.743
Chile Chico Río Ibáñez	No Pobre No Pobre	3.757 2.772 6.529	3	14.329
Porvenir Primavera Timaukel	No Pobre No Pobre No Pobre	5.104 1.629 252 6.985	4	13.123
Caldera	No Pobre	12.061 12.061	5	7.101
Pozo Almonte Pica Huara Colchane Camiña	No Pobre Pobre No Pobre Prioritaria Pobre	6.322 2.512 1.972 1.555 1.422 13.783	6	6.877
Lota	Prioritaria	50.256 50.256	115	1.402
Nueva Imperial Teodoro Schmidt	Pobre Pobre	36.878 15.028 51.906	116	1.360
Molina Sagrada Familia	Pobre Pobre	35.674 16.894 52.568	117	1.259
La Calera Nogales Hijuelas	No Pobre Prioritaria Pobre	45.776 18.669 13.938 78.383	118	1.255
Puente Alto San José de Maipo Pirque	No Pobre No Pobre No Pobre	254.673 11.646 11.368 277.687	119	1.168
Buín Paine	Prioritaria Pobre	52.792 37.529 90.321	120	1.140

Como los ingresos de causas en primera instancia no se distribuyen en forma homogénea entre las distintas comunas del país, habiendo algunas con mayores índices de

litigiosidad que otras, quisimos averiguar si los recursos públicos estaban bien focalizados si consideráramos la forma como realmente se distribuyen los ingresos de causas en las comunas. Se determinó que el gasto medio en justicia por causa ingresada a los tribunales ascendió a \$ 36.550, con una desviación estándar de \$ 25.791.

Se apreció también que el grado de litigiosidad en las distintas jurisdicciones del país varía significativamente. Aquella con menos litigios presenta 4,2 ingresos cada 100 habitantes. La con mayor presenta 37,6 ingresos. Los ingresos promedios de causas en el año 1996 por cada 100 habitantes son 9,7, con una desviación estándar de 5,2.

Posteriormente, se cruzaron los datos de litigiosidad por comuna y de costos de causas, obteniéndose los siguientes resultados promedio.

Cuadro N° 33
Resumen Promedios Nacionales

	Civil	Crimen	Menores	Trabajo	Total
Costo Promedio	23.095	37.965	98.358	130.256	36.550
Desviación Estándar	20.283	24.075	76.829	385.108	25.791

FUENTE: Elaboración propia

Las jurisdicciones con más ingresos de causas son del norte de Chile y las con menos son las del sur. Si se une tal antecedente al hecho de que el gasto total no está focalizado por zona, resulta que, en términos generales, en las comunas del sur el gasto por causa es mayor que en las del norte.

A continuación se muestran las 10 comunas con mayor y menor grado de conflictividad y las 10 con mayor y menor costo por causa.

Cuadro N° 34
Resumen Ranking

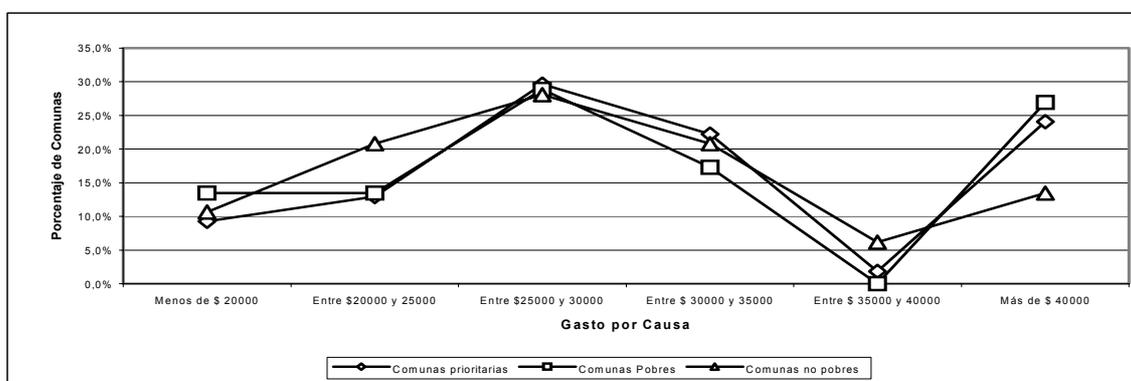
	Ranking	Ranking
	Conflictividad (de mayor a menor)	Costo por Causa (de mayor a menor)
1	Taltal	Chile Chico
2	Isla de Pascua	Cochrane
3	Caldera	Porvenir
4	Copiapó	Quinchao
5	Pozo Almonte	Isla de Pascua
6	Tocopilla	Curepto
7	Chañaral	Florida
8	Antofagasta	Paillaco
9	Iquique	Chaitén
10	La Serena	Santa Juana
113	Puerto Varas	La Calera

114	Carahue	Casablanca
115	San Carlos	Tomé
116	Yumbel	Molina
117	Lautaro	Diego de Almagro
118	Quinchao	Constitución
119	Bulnes	La Ligua
120	Lota	Taltal
121	Mauñín	Puente Alto
122	Quirihue	Buín

FUENTE: Elaboración propia

Al comparar los distintos tipos de comunas – prioritarias, pobres y no pobres – por el gasto en que se incurre para financiar las causas judiciales ingresadas se obtuvieron resultados con una distribución extremadamente homogénea. El mayor porcentaje de las comunas, sin distinción de nivel socioeconómico, gasta entre \$ 25.000 y \$ 30.000 por causa judicial ingresada. En los tramos posteriores disminuye fuertemente el porcentaje de comunas, volviendo curiosamente a aumentar para las causas superiores a \$ 40.000. Las comunas en que las causas son más baratas son las comunas prioritarias, seguidas por las no pobres y las pobres. A la inversa, las causas más caras corresponden a las comunas pobres, seguidas de las prioritarias y las no pobres. Todo ello es posible apreciarlo en el siguiente gráfico.

Gráfico N° 27
Focalización del gasto por causas ingresadas totales



FUENTE: Elaboración propia

CAPÍTULO CUARTO CRITERIOS DE POLÍTICA JUDICIAL

1. ARREGLOS INSTITUCIONALES PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

A lo largo de este trabajo hemos afirmado repetidamente que la justicia civil y comercial no constituye un bien público de los denominados puros, es decir, un bien que, como el aire o el sol, carezca de rivalidad para su consumo o no admita exclusiones. La justicia, no es de aquellos bienes en los cuales el costo marginal inducido por un consumidor adicional es nulo. Cosa distinta, la justicia se comporta como un bien privado: por cada sujeto que litiga, hay uno o más que queda excluido de la posibilidad de hacerlo, y cada nueva demanda - atendido que el sistema carece de capacidad ociosa- introduce nuevos costos marginales.

En concreto, hemos acreditado que el crecimiento sostenido de las causas que ingresan al sistema judicial ha demandado aumentos constantes de los recursos fiscales destinados al financiamiento de los que hemos denominado “servicios públicos de justicia”, los que en Chile corresponden básicamente a los gastos de personal, operación e inversión de los tribunales de justicia. Como oportunamente se indicó (Vid Capítulo III supra) en el período cubierto por nuestro estudio cuantitativo, que corre entre 1977 y 1995, los ingresos de causas experimentaron un aumento de un 223%, siendo el aumento del GJE de un 289%. Es decir, nuevas causas han llevado a la necesidad de ampliar la cobertura y con ello la capacidad de respuesta del sistema judicial, demostrándose así algo que, pese a resultar aparentemente obvio, ha sido tradicionalmente olvidado en muchas de las políticas públicas en el sector: los tribunales requieren de nuevos recursos para absorber el trabajo adicional que se les asigna.

Por ello, la creación de nuevos tipos de acciones judiciales o recursos debiera siempre ir acompañada del financiamiento adecuado que permita soportar el trabajo que ellos demandarán. Sin embargo, no es lo que ocurre normalmente con las reformas de carácter jurídico, las que se estima no significan nuevos gastos a menos que expresamente contemplen la creación de tribunales o el aumento del personal o sus remuneraciones. Estos cambios en el sistema jurídico, desprovistos del financiamiento necesario para hacerlos operativos, se convierten necesariamente en promesas incumplidas y en fuente de desprestigio de las soluciones jurídicas a los problemas sociales.¹⁴²

Resulta importante constatar que el sólo crecimiento del GJE no fue suficiente para dar respuesta al aumento en el ingreso de causas, aún cuando el crecimiento del primero resultó mayor que el segundo. Dos sistemas de ajuste interno con que cuenta el Poder Judicial para adaptarse a su carga de trabajo debieron operar adicionalmente, equilibrando la demanda con la capacidad de respuesta. Se trata, por una parte, de las modalidades anormales de terminación de las causas, es decir, la finalización de éstas por causales distintas a una sentencia o a un equivalente a ella, que son las únicas con las que el Poder Judicial puede cumplir adecuadamente su misión de resolver un conflicto. Estas modalidades anormales pasaron en el período a representar una proporción mucho mayor de los motivos de término de las causas. Las causas terminadas por avenimiento o sentencia crecieron en el período en una proporción sustancialmente menor que la del GJE. Recordemos que las

¹⁴² Existen muchos ejemplos en que se han creado nuevos institutos sin contemplarse financiamiento para ellos, ni ningún sistema especial para su implementación. En el último tiempo, la iniciativa más significativa que adoleció de tales problemas fue la dictación de la Ley de Violencia Intrafamiliar, que introdujo al sistema formal la resolución de estos conflictos, encomendándolos a los juzgados civiles, sin aportarles ningún recurso adicional para ello.

causas terminadas por sentencia o avenimiento sólo aumentaron en el período en un 152%, porcentaje bastante inferior que los correspondientes al de causas ingresadas y GJE.

Tratándose de un bien que carece de un precio explícito, el otro mecanismo de ajuste utilizado afecta indirectamente los costos de litigar. Nos referimos a la duración de los procesos, los que, según los estudios que también hemos consignado, se han alargado en el último tiempo en forma significativa, lo que conlleva mayores costos para las partes y desincentivos para litigar.

Eventualmente, también podría pensarse que la calidad misma de los resultados jurisdiccionales puede también haber operado como un mecanismo de ajuste ante una demanda explosivamente creciente.¹⁴³ Sin embargo, carecemos de antecedentes empíricos para sostener esta hipótesis.

Tampoco estamos en condiciones de explicar con certeza las razones del creciente encarecimiento de la justicia pública en Chile –en cuanto a los mayores costos que implica cada nueva causa resuelta –, pero dentro de las hipótesis posibles para explicarlo hay algunas que para las proposiciones que formularemos a continuación nos parecen pertinentes de enunciar.

La primera de ellas apunta a un posible aumento en la complejidad de los asuntos que llegan a los tribunales, lo que puede resultar plausible en atención a los cambios económicos experimentados en el país, con el consiguiente surgimiento de nuevos actores y nuevos tipos de relaciones comerciales y sociales. Hasta hace no mucho tiempo los juicios de mayor envergadura de que se oía hablar en los tribunales se relacionaban con la propiedad raíz. Hoy ello ha cambiado, ventilándose en los tribunales complejos y extensos procesos que afectan infinidad de intereses económicos.¹⁴⁴

Una segunda hipótesis indica que el sistema judicial pudo haberse encarecido producto de un proceso general de alza en los costos de los servicios profesionales que, aunque con retardo, también ha llevado a elevar los sueldos de los profesionales que laboran en los tribunales, los que, según hemos dicho, constituyen el principal factor para explicar las fluctuaciones en los presupuestos judiciales.

Por último, es posible también sostener que la tecnología que aplican los tribunales para resolver los asuntos que se les presentan funciona razonablemente a una cierta escala, pero cuando se ve excedida de tales límites resulta inadecuada para dar una respuesta eficaz a costos razonables. En otros términos, pensamos que en el sistema judicial público, tal como está hoy en día concebido, existen deseconomías de escala que se traducen en que cada juicio adicional, para recibir una tramitación similar a su predecesor, consume una mayor cantidad de recursos. Tales deseconomías residirían, por una parte, en las deficiencias de los procedimientos judiciales, que impiden discriminar tramitaciones diversas para asuntos distintos¹⁴⁵ y, por la otra, en el sistema de administración no profesional que existe en su interior. Para evidenciar este último aspecto basta señalar que cualquier persona, aunque no tenga conocimientos de administración, puede batírselas con un

¹⁴³ Refiriéndose al sistema de justicia criminal, el Ministro Mario Garrido sostuvo ya en 1993 que éste se encontraba “colapsado” (Garrido, 1994)

¹⁴⁴ No sólo en el plano civil es posible apuntar este fenómeno. En términos más generales la justicia pasa a ser un escenario requerido para resolver conflictos sociales complejos que antes se decidían a otros niveles, como el político. Algo de esto hay cuando se habla de un creciente fenómeno de “judicialización de la política”. Al respecto puede verse Correa, 1999.

¹⁴⁵ Hemos dicho que los procedimientos judiciales están concebidos más para la excepción que para la regla general, lo que resulta en definitiva ser muy caro, ya que se somete al grueso de los asuntos a tramitaciones innecesarias.

conjunto pequeño de actividades a conducir y supervisar, pero ello puede cambiar abruptamente con sólo elevar el número de tales actividades.

Cualquiera sea la hipótesis acertada –y estamos seguros que ninguna puede explicar por sí sola todo el fenómeno- el hecho es que la justicia pública es crecientemente más cara en Chile. En este contexto no debiera extrañar que formas alternativas de resolución de conflicto hayan ido acrecentando su importancia, ya no sólo en el discurso sobre políticas públicas en el sector, sino muy en concreto en la cantidad de soluciones a los litigios que se producen en el país.

El arbitraje, de ser una herramienta de resolución circunscrita a juicios muy específicos y minoritarios, ha pasado a convertirse en un sistema normalmente utilizado y bastante competitivo, al menos en un segmento de causas, con los propios tribunales. Como en un principio señalamos, hoy en día es casi un axioma que en los contratos de adhesión, cada vez más comunes en transacciones cotidianas, se incorporen cláusulas de arbitraje. Obviamente, ello no significa que necesariamente de surgir un conflicto en tales contratos ellos terminen siendo resueltos por un árbitro, debido a que aún en aquellos casos pueden terminar actuando supletoriamente o por vía de recursos los tribunales pero da una señal clara de una creciente mayor confianza e interés en este tipo de mecanismos.

Otro tanto puede decirse de la mediación, que poco a poco deja de ser vista como una iniciativa de interés más bien marginal, entregada en manos de ONGs o de entidades comunitarias, para entrar de lleno dentro de las políticas públicas en el sector justicia, como una de las alternativas más promisorias para aumentar, por una parte, las posibilidades reales de acceso a la justicia y, por la otra, la calidad de la resolución de ciertos conflictos. En tal dirección apunta la ley sobre Tribunales de Familia, en tramitación parlamentaria, que establece la necesidad de realizar gestiones de mediación antes de iniciar un juicio de esta especie.

Indudablemente debemos suponer racionalidad en los actores económicos que prefieren acudir a estos sistemas alternativos antes que ventilar sus asuntos en los tribunales. En el caso de la mediación, tal racionalidad resulta evidente si se trata de sujetos que normalmente están excluidos de los servicios públicos de justicia y si, además, los servicios de mediación les son brindados en forma gratuita y son más expeditos que los juicios.

Pero hay que hacer un esfuerzo adicional para entender por qué a un sujeto le conviene resolver un conflicto a través de un arbitraje o de una mediación pagada en circunstancias que cuenta con tribunales gratis a su disposición. La respuesta sólo puede ser que el producto que estos sistemas entregan no es el mismo que el que entrega el Poder Judicial, o que los beneficios netos de los primeros superan a los de los segundos. Nuevamente ello puede ser relativamente evidente tratándose de la mediación, donde se busca un acuerdo entre las partes y no la imposición de una solución por un tercero. Además, los costos de mediación, aunque se pague por los servicios del mediador, deberían generalmente ser inferiores a los de un juicio.¹⁴⁶ Pero no es así en el caso del arbitraje¹⁴⁷, donde lo que se obtiene es una sentencia similar a la de un juez¹⁴⁸ y cuyos costos directos para las partes son muy superiores a los que importa un tribunal (Vid Capítulo 5.4 supra).

¹⁴⁶ Generalmente las partes pueden concurrir a la mediación sin necesidad de asistencia jurídica letrada.

¹⁴⁷ Obviamente no nos estamos refiriendo al arbitraje forzoso, donde no hay elección posible.

¹⁴⁸ En la dogmática jurídica existen dos grupos de tesis contrapuestas sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Las tesis privatistas, como es fácil imaginar, equiparan el arbitraje a un contrato privado, como una manifestación más de la autonomía y poder de disposición de las partes sobre sus

Los beneficios de los arbitrajes, que permitirían compensar sus mayores costos, debieran provenir de una menor duración de los procesos, lo que se explicaría por la mayor dedicación que el juez árbitro le puede asignar al juicio y por la posibilidad de adaptar el procedimiento a las características específicas del caso en el arbitraje mixto o ante un arbitrador, que son precisamente las modalidades preferidas.

Adicionalmente, los mayores beneficios también pueden provenir de una mejor calidad de la resolución. Esta puede deberse a la mayor especialización que se puede obtener con el árbitro, ya que es posible elegirlo dentro de los especialistas de la materia a resolver.¹⁴⁹ También puede deberse a una intervención no mediatizada o más accequible del árbitro en el conflicto, lo que no sucede comúnmente en los tribunales donde existe una extendida delegación de funciones.

Indudablemente también pueden concurrir a ojos de alguno de los litigantes otros beneficios eventuales, algunos socialmente inconvenientes, como los que provienen de designar un árbitro que sea de su confianza,¹⁵⁰ o beneficiosos, como la creencia de que será la contraparte quien deberá solventar en definitiva los costos del arbitraje.

Este cúmulo de razones permiten sostener que una política pública en el sector debe tener como uno de sus principales objetivos alentar fuertemente los sistemas alternativos de arbitraje y mediación. Sin embargo, ellos no nos permiten resolver del todo nuestro desafío de lograr una provisión óptima del bien justicia. Es decir, un sistema íntegramente concebido en función de estos sistemas alternos, al menos en el marco en que hoy se desenvuelven en nuestro país, no resultaría planamente satisfactorio. Veamos a continuación las principales razones para ello.

- a) La primera es que en el sistema actual la decisión de demandar ante la justicia arbitral (y la de defenderse) sólo incorpora los costos y beneficios que ello reporta para cada actor, sin que influya en tal decisión los beneficios que el resto de la comunidad recibe al resolverse adecuadamente los litigios. Hemos insistido repetidamente en este trabajo que si bien la justicia es esencialmente un bien privado, ella genera una serie de externalidades positivas sobre toda la comunidad, alentando intercambios económicamente beneficiosos, por la vía disminuir los costos de transacción. Sin que quien toma la decisión de litigar asuma estos beneficios adicionales, ni reciba compensación alguna por los mismos, es de esperar que existirá una provisión subóptima del bien justicia, es decir, que menos personas demandarán o se defenderán ante los tribunales de lo que sería ya no individualmente sino socialmente beneficioso.¹⁵¹

relaciones jurídicas. Hacen pie, principalmente, en el momento inicial del arbitraje: el contrato de compromiso; del mismo modo que las partes pueden transigir la controversia, pueden ellas comprometerla en árbitros. Las tesis jurisdiccionalistas, por su parte, trazan una analogía entre arbitraje y jurisdicción. Para este grupo de autores, la decisión arbitral ostenta todas las notas esenciales de la cosa juzgada, tales como la obligatoriedad, ejecutoriedad, imperatividad, etc.; y si bien es cierto que los árbitros no ejercen potestas, gozan de auctoritas. En general, se pone de relieve la similitud entre la función de los árbitros y la del juez, entre el laudo y la sentencia.

¹⁴⁹ En alguna medida ello también permite reducir el problema de agencia que se produce en la relación entre las partes y el juez, pues en este caso ellas están en mejor situación para monitorear su actuación.

¹⁵⁰ Es común que en determinadas empresas se cuente con un listado de árbitros afines que se intenta imponer mediante cláusulas tipo a quienes adquieren sus bienes o servicios.

¹⁵¹ Aún pagándose un subsidio que cubra tales externalidades subsistirán juicios que por su cuantía se encuentran bajo el umbral de rentabilidad mínimo que justifica acudir frente a un árbitro. En tales casos, en donde los costos superan a los beneficios probables, la conducta racional será no deducir la demanda. Ello para algunos puede resultar escandaloso y contrario a una cierta noción del

- b) Sólo pueden concurrir a litigar ante árbitros quienes posean medios suficientes para solventar tanto los costos del arbitraje, como los correspondientes a los honorarios de sus abogados y otros gastos relacionados. No existe en este caso la posibilidad de acceder ni al subsidio por los gastos públicos de justicia, que opera generalizadamente tratándose de los tribunales, ni al subsidio específico que se suma al anterior en favor de las personas pobres y que cubre los otros costos de litigar.¹⁵² Ello indudablemente excluye del arbitraje a quienes no tienen forma de financiarlo.¹⁵³ Se podría pensar en alentar que instituciones financieras o de seguros asumieran este mercado como un nuevo negocio, pero, realísticamente, las altas dosis de incertidumbre asociadas siempre a un juicio no permiten abrigar muchas esperanzas al respecto, sobretodo tratándose de personas de escasos recursos que es el problema que nos ocupa. Esas mismas personas debieran ser, a su vez, bastante más adversas al riesgo de intervenir en juicios de este tipo, que pueden representarles, para el caso de perderlos, tener que pagar una proporción importante de su patrimonio. Ello no sucede con personas más adineradas, en que ese mismo juicio, aunque lo pierdan, no representa más que un gasto marginal.
- c) El mercado del arbitraje que hoy en día existe en el país, pese a las mejoras que ha experimentado gracias al crecimiento del arbitraje institucional, dista mucho de ser transparente y competitivo. Los árbitros individuales se comportan, por lo general, igual que los abogados, quienes no tienen tarifas predeterminadas sino cobran en función de las capacidades económicas de los clientes, es decir, tratan de capturar la totalidad del excedente del consumidor en una suerte de discriminación perfecta. Esta circunstancia reduce drásticamente los beneficios que reporta tratar a la justicia como un bien privado, sujeto a una libre asignación de recursos a través de mecanismos de mercado. Igualmente negativo es muchas veces el sistema de designación que permite a una de las partes, sobretodo en los contratos de adhesión, imponer el nombre del árbitro. Por su parte, las designaciones supletorias que realiza la justicia adolecen también de deficiencias, ya que ellas generalmente benefician a un conjunto reducido de personas, que no se someten a un sistema competitivo y transparente de selección.
- d) Mientras no se cobre por los servicios de los tribunales ellos constituirán la alternativa más conveniente (barata) para la resolución de un vasto conjunto de asuntos, distorsionando un sistema eficiente de asignación de recursos en el sector. Aún cobrándose por los servicios judiciales no parece posible pensar que ellos compitan exactamente de igual a igual por las causas judiciales en un mercado transparente de resolución de conflictos que integre también a árbitros y mediadores. Hay ciertos roles que hoy en día asume el Poder Judicial y que, según hemos visto, no es posible traspasar a entes privados. El arbitraje o la mediación requieren, por lo general, del consentimiento de las partes para ponerse en funcionamiento, consentimiento que puede no lograrse o fracasar con posterioridad (sobretodo en la fase de ejecución). Puede que

estado de derecho conforme a la cual las normas jurídicas en un país deben ser cumplidas o hechas cumplir independientemente de los costos que ello importa. Sin embargo, no es muy distinto a lo que hoy en día sucede ante la jurisdicción ordinaria. Hay elevados costos privados de iniciar un juicio, gastos sobre los que existe una fuerte incertidumbre respecto si van o no a ser recuperados. Ello lleva de hecho –y cualquier abogado lo puede comprobar– a que no se inicien juicios o defensas que no son rentables.

¹⁵² Como hemos dicho, más que un subsidio se trata de una carga pública que se impone a quienes deben brindar esos servicios.

¹⁵³ Este generalmente implica desembolsos desde sus inicios, independientemente de que en definitiva ellos puedan ser reembolsados por la contraparte perdedora.

las partes no se pongan de acuerdo en el nombre del árbitro, o puede que éste no acepte el encargo.¹⁵⁴ En fin, en todas estas hipótesis el sistema judicial opera como una instancia residual a la que las partes siempre podrán acudir cuando falle la otra modalidad. Se asegura así la continuidad del servicio y que, en definitiva, todos los conflictos tengan realmente un sistema donde acudir para su resolución.

También el sistema arbitral requiere, ya lo señalamos anteriormente, de mecanismos de regulación y de control, los que en buena medida ejercen los propios tribunales a través de sus facultades de superintendencia y disciplinarias que alcanzan a los tribunales arbitrales.¹⁵⁵

Estos roles de carácter residual y contralor difícilmente podrían ser derivados a otras autoridades sin que, al menos en última instancia, puedan ser objeto de una intervención o resolución por parte de los propios tribunales, a través del conocimiento de los recursos que la Constitución franquea contra los actos de las autoridades públicas. Siendo así, parece poco probable poder construir un sistema de resolución de conflictos que evite que los tribunales actúen a la par como entes directores del sistema y como ejecutores de una parte del mismo. Indudablemente, la competencia no podrá nunca ser perfecta si uno de los actores más relevantes asume, en alguna medida, los roles de contralor y competidor en el mismo mercado.¹⁵⁶

Adicionalmente, la reserva que el Estado se hace del monopolio de la fuerza pública, implica que las decisiones de los árbitros necesariamente deban pasar por la validación de los jueces cuando requieran su utilización en el curso de un proceso. La reserva del uso institucional legítimo de la fuerza es un factor propio de la definición del Estado, por lo que no podría entrar a compartirla sin ponerse en cuestión su existencia misma, al menos como hoy en día se lo concibe, y sin que se generaran fuertes externalidades negativas sobre toda la comunidad, por el amplio margen de incertidumbre que ello produciría.

- e) Por supuesto, uno de los argumentos más fuertes para no apostar exclusivamente por sistemas privados de provisión del bien justicia es aquél que hemos repetidamente señalado a lo largo de este estudio: que cierta justicia sí produce bienes públicos, específicamente la justicia constitucional y de casación. Lo que ambas entregan es información valiosa a toda la comunidad y, por ende, sus beneficios superan con mucho aquellos que les reportan a las partes que directamente la ponen en movimiento. Indudablemente estamos pensando en una justicia constitucional y de casación bastante diferente a la que hoy en día tenemos en nuestro país que, como se ha demostrado (Vid Capítulo II supra), dista mucho en producir bienes que podamos caracterizar como públicos.¹⁵⁷

¹⁵⁴ La ventaja del arbitraje institucional es, según se verá, que soluciona este problema, disminuyendo costos de transacción.

¹⁵⁵ No es posible predecir si los tribunales chilenos estimarán que estas facultades también alcanzan a los mediadores. Arbitros y mediadores son diferentes en este aspecto ya que los primeros son expresamente considerados como jueces por nuestra legislación.

¹⁵⁶ Con todo, los tribunales chilenos un rechazo, ni una fiscalización excesiva, respecto del arbitraje. Por el contrario, la percepción generalizada es que la resolución de un árbitro es raramente revocada.

¹⁵⁷ Fiss atribuye el carácter de bien público a toda la justicia, señalando para ello argumentos que suscribiríamos plenamente si se circunscribieran a la justicia constitucional y de casación: "La sentencia utiliza recursos públicos y no emplea extraños elegidos por las partes sino funcionarios públicos elegidos por un proceso del cual participa la ciudadanía. Estos funcionarios como los miembros de los poderes ejecutivo y legislativo, poseen un poder que ha sido definido y conferido por

- f) No se cuenta con ningún sistema para difundir y socializar el contenido de las sentencias arbitrales, lo que limita sus efectos más allá de las partes que en esos juicio intervienen. El sistema produce baja información.
- g) Quizás más importante que todo lo anterior sea reconocer en el Poder Judicial una institución profundamente asentada dentro de nuestra cultura, que más allá de los productos concretos que es capaz realmente de entregar –y que a lo largo de este trabajo, al menos para Chile, nos hemos encargado de relativizar - se muestra como un componente indispensable para una convivencia pacífica y “justa” entre las personas. El Poder Judicial constituye a la par, en términos de los neo institucionales, una institución formal y una informal, porque su existencia cubre un espacio importante dentro del conjunto de valores y creencias que los individuos requieren para poder vivir. Una manifestación palpable de ello se traduce en la confianza que generalmente existe de que la justicia formal es la única capaz de equilibrar debidamente las diferencias que muchas veces se presentan entre las partes en un litigio. Que sin los jueces, los poderosos siempre podrían imponer sus intereses.¹⁵⁸
- Que los pobres chilenos piensen que el sistema judicial formal es discriminatorio, que favorece a quienes tienen más recursos (Vid Capítulo II supra), no parece ser argumento suficiente para señalar que ellos mismos prefieran sistemas de resolución de conflictos que prescindan de los tribunales.¹⁵⁹
- El que los jueces se encuentren dotados de un poder público, el que sean autoridades de la nación y que en ciertas comunidades, sobretodo en las pequeñas, ejerzan un rol social que excede al de su ministerio, no puede ser considerado como un factor menor en este sentido, difícilmente reemplazable por la figura de un árbitro o un mediador al que se pueda acceder por mecanismos de mercado.
- Como bien se encarga de decir North (1983), instituciones con estas características son las más difíciles de cambiar o, en otros términos, son aquellas en que los cambios son más graduales y lentos, pues no basta con cambiar ni la forma como se asignan los

el derecho público, no por acuerdo privado. Su trabajo no es ni maximizar los fines de las partes privadas ni mantener simplemente la paz, sino explicar y dar fuerza a los valores comprendidos en textos legítimos como la Constitución y las leyes: interpretar aquellos valores y hacer que la realidad concuerde con ellos.”. (Fiss, 1998, p. 66) El objetivo de Fiss es relativizar de esta forma a los acuerdos entre partes como mecanismos de resolución de conflictos. Sin embargo, hay al menos dos factores que no contempla en su análisis. El primero es que si siempre fuera preferible la sentencia al arreglo, todos los conflictos deberían llegar a los tribunales, estándoles siempre vedado a las partes resolverlos directamente. Bien sabemos que ello no opera ni podría operar así y que son las propias partes quienes son libres de asignarle o no a su conflicto civil una magnitud tal que justifique acudir a un sistema heterónomo para resolverlo. Por otra parte, existen buenas razones para circunscribir el ámbito de la acción estatal en ésta como en otras materias, para reducirlo a aquello en que es realmente indispensable. Otra cosa significaría desconocer que la intervención estatal no tiene sólo beneficios sino también costos, los que gracias a los aportes del public choice y de la teoría de agencia cada vez han quedado mayormente en evidencia.

¹⁵⁸ El mismo autor antes citado señala que: “... existe una diferencia crítica entre un proceso como el acuerdo extrajudicial, que se basa en la negociación y acepta desigualdades económicas como un componente legítimo del proceso, y un proceso como el judicial, el cual deliberadamente lucha contra las mismas” (Fiss, 1998, p. 62)

¹⁵⁹ Contradicciones como esas no son tan extrañas. Así, en el mismo estudio antes citado (Correa, Barros, 1993), los pobres expresan percepciones muy negativas respecto a la actuación de Carabineros, pero al momento de sugerir alternativas contra la delincuencia lo primero que solicitan es más comisarias.

recursos, ni determinados marcos normativos, sino que es necesario cambiar factores que son eminentemente culturales.

Según se ve, la extensión del arbitraje es un tema muy complejo, en que juegan infinidad de variables económicas e institucionales que justifican ser bastante cautos en el contenido de las propuestas de reforma que se planteen. El marco conceptual que hemos elaborado, para definir el espacio propio de la función judicial, debe ceder paso a estrategias graduales de reforma a la hora de diseñar políticas públicas contingentes en el área. Sin embargo, si ellas se orientan hacia la dirección que hemos estimado correcta, hacia la creación de espacios crecientemente competitivos en la producción de la justicia civil y comercial y a la par refuerzan el rol del Poder Judicial como generador de bienes públicos allí donde puede y debe hacerlo, podremos en el mediano o en largo plazo acercarnos hacia óptimos en la provisión del bien justicia.

Queremos ponernos también en la situación de que alguien se cuestione hasta dónde debe ser un objetivo del sistema judicial alcanzar óptimos en la provisión de ese bien. O, en otros términos, hasta donde es admisible, como esquema general de análisis en esta materia, adoptar un parámetro de corte utilitarista, conforme al cual el valor de una determinada política deba juzgarse en función de la utilidad agregada que ella produce. Como se sabe, la economía clásica ha sido construida a partir de una concepción utilitaria del bien, estimándose entonces como socialmente adecuadas aquellas políticas que maximizan el bienestar general de la sociedad. Como la utilidad no es susceptible de ser medida en forma directa, la economía utiliza el sistema de precios como el mejor aproximado para ella (Posner, 1998a). De tal forma, deberán preferirse aquellas políticas que aumenten la riqueza agregada por sobre aquellas que la disminuyen, siendo consideradas estas últimas ineficientes.

Sin embargo, las bases del derecho parecen ser diferentes. Los sistemas jurídicos – paradigmáticamente las constituciones- no se crean exclusivamente para aumentar la utilidad general de la sociedad, sino muchas veces buscan precisamente impedir que en pro del aumento de tal utilidad se lesionen los derechos de una minoría.¹⁶⁰ Por ello se dice que las constituciones son contramayoritarias, porque persiguen impedir que una mayoría circunstancial se imponga sobre una minoría vulnerando aquellos derechos que se consideran básicos para la existencia humana y para la supervivencia del propio sistema democrático.¹⁶¹ En este esquema, dentro de los poderes estatuidos para dar gobierno a las naciones, expresamente se postula que el judicial debe encarnar aquellos objetivos contramayoritarios, imponiéndose como una valla en contra de las mayorías que quieran vulnerar las normas básicas del pacto social. Así se explica que los jueces tengan en la mayoría de los países sistemas especiales de designación en que no interviene sino muy mediatizadamente la voluntad popular, garantizándoseles la permanencia en sus cargos por largos períodos de tiempo, con causales muy estrictas de remoción, alejadas del interés de las simples mayorías. Los Poderes Judiciales deben ser la antítesis del circo romano, no deben esperar la aclamación de la galería, sino a menudo resistir las presiones de ésta, para lo cual requieren gozar de independencia y tener la voluntad para ello.

¹⁶⁰ Detrás de esta idea está la noción de derechos de las personas previos al Estado, que ellas no ceden en virtud del contrato social y que el Estado, por lo mismo, no puede violar. Esta es la concepción clásica de los derechos humanos.

¹⁶¹ Así, por ejemplo, no se admite la tortura de una persona en ninguna circunstancia aún cuando ella pueda ser considerada una sanción justa por una mayoría o aún cuando a través de ella pueda evitarse un mal mayor a un conjunto amplio de personas.

Pero ¿es suficiente este razonamiento para renegar de cualquier criterio utilitarista o eficientista al interior de la función judicial? No debiera ser así. Sólo cierto tipo de asuntos que llegan a los tribunales versan sobre las reglas básicas de convivencia, las que requieren de decisiones que pueden ir en contra del sentir mayoritario. Ello sólo sucede en los asuntos penales o familiares, o en los temas constitucionales o de casación. Es la resolución de estos asuntos lo que precisamente a nuestro juicio justifica la existencia de un Poder Judicial. Pero en el común de los asuntos civiles y comerciales, en que, insistimos, recae el grueso de nuestro análisis y proposiciones, no están envueltos estos temas trascendentales, sino intereses mucho más particulares de los sujetos.¹⁶²

En estos casos los mecanismos de resolución de conflictos bien pueden perseguir explícitamente objetivos eficientistas en sus resoluciones. Es más, el análisis económico del derecho es toda una disciplina construida en torno a cómo pueden ser más eficientes las decisiones jurídicas y particularmente las jurisdiccionales. Se trata, en el caso de los conflictos, de buscar los mecanismos de solución que de mejor manera puedan emular la resolución que el mercado hubiera dado a la misma situación, en el caso de que hubiese podido operar, partiendo de la base de que es éste el mecanismo más eficiente para la asignación de los recursos. Así se dice, por ejemplo, que tal regla de responsabilidad o tal sistema de resolución de conflictos es más eficiente que otro.¹⁶³ Concretamente, se postula que el arbitraje tiende con mayor frecuencia que la jurisdicción ordinaria a “hacer coincidir los óptimos económicos con los de justicia” (Peña, 1996)

Por otra parte, el marco de restricciones que importan los derechos esenciales de la persona humana y los consagrados constitucionalmente, también se impone a la labor de un arbitrador o de un mediador, quienes están tan obligados a respetarlos como un juez. La única diferencia es que a los primeros les está vedado interpretar las disposiciones que consagran tales derechos con carácter general –lo que sí pueden hacer los segundos –, y deben sujetarse a tales interpretaciones que hagan los tribunales.

A continuación formularemos sugerencias generales que permitan circunscribir la labor de los tribunales en la resolución de los conflictos de naturaleza civil y comercial, a aquellos asuntos en que existe propiamente un conflicto que requiera de una decisión de carácter jurisdiccional, dando ejemplos concretos de políticas de desjudicialización. Luego nos concentraremos en los criterios para excluir de los tribunales - o al menos generar competencia en los sistemas para su resolución- ciertos asuntos que si bien constituyen conflictos no se justifica que ellos sean resueltos por los tribunales.

Seguidamente analizaremos los cambios que se requerirían en el sistema judicial para que este pudiera asumir en forma óptima los roles privativos que le corresponde en la producción de bienes públicos puros. Se harán propuestas concretas en pos de fortalecer las jurisdicciones constitucional y de casación. Complementariamente con los cambios anteriores, nos referiremos a las mejoras que debe ser objeto la gestión judicial, para que los tribunales puedan asumir las competencias que se les asignen con grados mayores de eficiencia.

¹⁶² Ciertamente que para poder resolver adecuadamente estos problemas tiene que haber un marco legal mínimo que incluye el respeto de los derechos fundamentales (como el del debido proceso), pero en el caso de haber disputas sobre el mismo ya no estamos frente a un problema civil, sino a uno constitucional.

¹⁶³ Se sostiene que el sistema de common law, basado en precedentes es más eficiente que el sistema continental (Roemer, 1994)

2. DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS CIVILES Y COMERCIALES

Ya es común denominar desjudicialización al proceso tendiente a excluir de la órbita de los tribunales el conocimiento de determinados asuntos. Sin embargo, cuando se habla de desjudicialización se está pensando realmente en dos procesos distintos. Por una parte, el que persigue sacar de los tribunales el conocimiento de aquellos asuntos que no corresponden propiamente a conflictos entre partes, sino más bien de asuntos en que los tribunales operan como una agencia administrativa más. Por la otra, el que busca circunscribir la labor de los tribunales a la resolución no de todos los conflictos sino de algunos de ellos que por su envergadura o consecuencias sociales resulta necesario o conveniente su intervención. Analizaremos separadamente ambas líneas de reforma.

2.1 Desjudicialización de asuntos que no constituyen un conflicto

Históricamente se le han conferido a los tribunales una serie de competencias para la realización de ciertos trámites o el otorgamiento de ciertas autorizaciones, aun cuando en torno a ellos no se hubiese generado un conflicto entre partes. Lo característico de estos asuntos es que en ellos los tribunales no emiten una decisión con contenido jurisdiccional. No nos estamos refiriendo entonces solamente a los asuntos que normalmente se clasifican dentro de las causas civiles voluntarias o no contenciosas, sino también a algunas que pese a ser etiquetadas como contenciosas en la práctica no lo son, tales como las gestiones preparatorias de un juicio ejecutivo.

Las razones para que en estos asuntos intervengan los tribunales no son entonces que se requiera de un tercero imparcial para que resuelva un conflicto, sino que debemos buscarlas en consideraciones de otra índole.

La primera es que los tribunales darían garantías de que la tramitación de asuntos en que pueden verse involucrados derechos trascendentes para las partes se haga en forma regular. Igualmente, sus resoluciones pueden estar dotadas de atributos de inmodificabilidad y perdurabilidad que no siempre tienen las administrativas.

La otra razón es que se trata de asuntos en que si bien no existe un conflicto entre partes éste puede surgir durante su tramitación, por ejemplo si aparece alguien que se opone a una solicitud determinada. En tal evento, pueden haber economías en que el asunto no tenga que ser resuelto por una autoridad distinta a la que le dio inicio.

Sin embargo, estos argumentos no parecen concluyentes. Las mayores garantías que ofrecen los tribunales frente a las autoridades administrativas no se compadecen con la constatación de que hoy en día éstas últimas deciden asuntos tanto o más trascendentes que los que se le entregan a los tribunales, sin que se presenten problemas por ello. Lo anterior no obsta a que el resguardo de los derechos generados por las decisiones administrativas quede entregado a las autoridades judiciales y que incluso éstas puedan actuar velando porque los procedimientos administrativos se adecuen a derecho, controlando la labor que tales autoridades realizan.¹⁶⁴ Si así y todo se estimare que el marco jurídico de las decisiones administrativas es todavía precario y no da seguridades suficientes lo indicado no es trasladar de órgano estas decisiones sino revestirlas de los resguardos pertinentes.

La mayor certeza que entregan las resoluciones judiciales sobre las administrativas, no parece ser tampoco una razón de peso, sobretudo en un contexto en que muchas resoluciones que sí son judiciales se están en la actualidad adoptando en sede administrativa.

¹⁶⁴

Hoy lo pueden hacer a través del recurso de protección.

Todo indica también que no existen las posibles economías de concentrar el conocimiento de estos asuntos en un mismo órgano, por la eventualidad de que se genere una disputa, en una suerte de integración vertical. Las oportunidades en que efectivamente se producen conflictos en estos asuntos son insignificantes.¹⁶⁵ No parece entonces conveniente ingresar estos asuntos en un órgano judicial, que es necesariamente más caro en su operatoria que uno administrativo,¹⁶⁶ por una eventualidad que en los hechos no se genera casi nunca.

Liberar al Poder Judicial de estas funciones es parte del trabajo más amplio de redefinición de su exacto rol a todo nivel, hoy en día confundido entre funciones muy diversas y muy distintas a las jurisdiccionales. Es así como el Poder Judicial en Chile ejerce funciones que exceden con mucho a las propiamente jurisdiccionales. Tiene por lo pronto funciones políticas, como las que ejerce la Corte Suprema en la designación de senadores, o su presidente integrando el Consejo de Seguridad Nacional; tiene funciones administrativas y de control sobre los tribunales y órganos auxiliares; realiza también la investigación de los delitos en materia criminal. Si seguimos las directrices modernas de gestión no podemos menos que concluir que urge que el Poder Judicial defina con claridad cual es exactamente su “negocio”, para poder concentrarse en él y realizarlo en forma adecuada, liberándose de competencias que lo descentran de sus funciones realmente definitorias.

El comenzar por sacar los asuntos voluntarios y las gestiones preparatorias debiera tener un efecto significativo en el trabajo del sistema judicial ya que estos asuntos han representado en el período 1977-1995, en promedio, el 60% del total de las causas que ingresan a la justicia civil y el 61% de las que terminan.

Sin lugar a dudas la fortaleza de estas cifras no guarda estricta relación con el trabajo real que estos asuntos demandan a los tribunales. Por su bajo componente jurisdiccional y su tramitación casi absolutamente rutinaria, ellas demandan un esfuerzo menor, sobretodo de parte del juez, el recurso más caro y escaso del tribunal.¹⁶⁷ En todo caso se comprenderá que el grueso de las diligencias que se realizan a diario en los juzgados civiles y de consultas por parte del público se concentran en este tipo de asuntos, por lo que igualmente su exclusión tendría un efecto significativo en la operatoria general de los tribunales. Por otra parte, deberá considerarse que una política de desjudicialización de estas causas aumentaría el carácter jurisdiccional de las que queden en los tribunales, lo que probablemente redundaría en un aumento de los requerimientos sobre el tiempo del juez.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Un estudio sobre desjudicialización de las gestiones previas de notificación de protesto de letra, pagaré y cheque (Correa y Peña, 1996), indica que de 122 expedientes de notificación de protesto de letra y pagaré revisados al azar en los archivos o prearchivos de los juzgados de Santiago, Temuco y la Serena, tan sólo en uno de ellos se había interpuesto un incidente y en ninguno se había tachado de falsedad la firma. Respecto a los cheques, de 317 expedientes revisados en esas mismas ciudades, tan sólo en 22 casos se había deducido algún incidente, lo que equivale aproximadamente a un 7% de los casos.

¹⁶⁶ Las razones en que se funda esta afirmación las damos en el apartado siguiente. En todo caso basta con considerar que los sistemas de notificaciones judiciales, régimen de incidentes, sistema de nulidad, están concebidos en función de darle garantías a las partes en un juicio y no en función de realizar expeditamente tramitaciones administrativas.

¹⁶⁷ Respecto de este tipo de causas ni siquiera cabe en propiedad hablar de delegación de las funciones del juez en funcionarios subalternos.

¹⁶⁸ Para conocer estudios sobre carga de trabajo y delegación en estas materias, así como propuestas concretas sobre desjudicialización véase los siguientes informes preparados por investigadores de la Universidad Diego Portales: De gestiones preparatorias (Correa, 1996); De

2.2 Desjudicialización de asuntos que constituyen conflictos

Aun sin adherir a nuestra tesis de que no corresponde a los tribunales conocer los asuntos civiles y comerciales por tratarse de asuntos privados en que no está comprometido el interés público sino en forma muy tangencial, resulta perfectamente posible sostener que resultaría más adecuado que ciertos conflictos de relevancia jurídica - en que efectivamente se ven enfrentadas dos partes- fueran resueltos por otras instancias distintas a las judiciales. Es decir, incluso en el contexto actual, es posible postular que no es eficiente judicializar el conjunto de las situaciones que regula el ordenamiento jurídico. Que debe evitarse la sinonimia entre conflicto y litigio (o sea, evitar que todo conflicto equivalga a un juicio llevado ante los tribunales), por una parte, y evitarse también la sinonimia entre “juridificar” y “judicializar” (o sea, que todo interés amparado por una regla jurídica deba comparecer ante la justicia), por la otra. A continuación examinaremos las principales razones para ello.

La primera reside en que la justicia es un servicio caro.¹⁶⁹ Ello, de suyo, no es algo malo. El que los servicios judiciales sean caros obedece en buena medida a que el producto que deben entregar debe estar dotado de una gran cantidad de resguardos, los que inevitablemente cuestan más dinero. Tales resguardos apuntan básicamente a dar garantías a quienes utilizan estos servicios en el sentido que su asunto será sometido a un debido proceso, que será fallado por jueces independientes, que tendrá posibilidad de deducir recursos contra lo fallado y otros análogos.

Para ello la justicia se conforma, en nuestro país, con jueces profesionales e inamovibles, que no pueden ser cesados en sus cargos sino por razones muy calificadas y a través de complejos procedimientos. Sin dudas tal sistema permite garantizar en mejor medida la independencia de los magistrados, pero significa que es muy dificultoso desprenderse de aquellos que no hacen bien su trabajo. Si a ello unimos los especiales sistemas de designación de los jueces y la forma como se administra el Poder Judicial, podemos entender que se configure en su interior una corporación sumamente cerrada, lo que no alienta sistemas modernos y más eficientes de gestión.

Por otra parte, y como hemos repetido tantas veces, los procedimientos judiciales han sido concebidos en función de asegurar un juicio justo aún en las situaciones más excepcionales, lo que se traduce en tener que sacrificar al común de los casos ante las particularidades de los más complejos. Los procedimientos judiciales, sino en una proporción muy marginal, no pueden adecuarse a las particularidades del caso específico de que se trate. Así se explican, por ejemplo, las amplias posibilidades de admitir incidentes, extensos períodos probatorios, los drásticos regímenes de nulidades y el complejo sistema de recursos, entre otros institutos. El propio principio dispositivo que informa los procedimientos civiles –conforme al cual son las partes las que tiene el impulso para que avance el proceso y no el juez- no alienta una justicia más breve y barata.

Adicionalmente, el Poder Judicial debe estar preparado, al menos en apariencia, para dar respuesta a la promesa de los textos constitucionales de que todos los asuntos sin excepciones pueden ser resueltos por él, lo que importa mantener una dotación constante de los tribunales, que no puede ajustarse con facilidad a las fluctuaciones de la demanda. Le

manifestaciones mineras (Correa, De la Fuente y Peña, 1996); De cobranzas previsionales (Correa, 1998); De posesiones efectivas de herencia (Correa y Aguad, 1998)

¹⁶⁹ La circunstancia de que los sujetos hoy prefieran en un amplio conjunto de problemas acudir a sistemas alternos está indicando que éstos son más baratos que los tribunales, al menos para ese segmento de asuntos.

impone la obligación de ofrecer cobertura a lo largo de todo el país, lo que implica tener juzgados en zonas extremas con un bajo índice de ocupación, donde además deben pagarse sueldos superiores a sus funcionarios, por lo que resultan bastante más caros que la media de los tribunales del país como anteriormente se pudo apreciar.¹⁷⁰

Por lo demás, las cifras entregadas en el Capítulo Tercero de este estudio indican que los índices de eficiencia de los tribunales se deterioran casi en forma constante en el tiempo. También señalan que la alternativa de crear nuevos tribunales para dar respuesta a una demanda creciente, es cada vez más onerosa o, en otros términos, la utilidad marginal de cada nuevo tribunal es claramente decreciente.

Pero no sólo razones eficientistas como las anteriores justifican acudir a otros sistemas de resolución de conflictos distintos al judicial. Argumentos de fondo también apuntan en tal sentido. Así se sostiene que la forma como los tribunales resuelven los litigios, a través de la adjudicación, no es la mejor forma para resolver todos los conflictos y que, en algunos casos, es la menos adecuada. La adjudicación no es más que la imposición de una solución por parte de un tercero imparcial a partir de la valoración que éste hace de los antecedentes que se le han proporcionado y su interpretación del derecho que estima aplicable.

La *teoría de juegos*¹⁷¹ entrega valiosos aportes para comprender los conflictos y las formas para resolverlos. El ejemplo más notable de la teoría de juegos - y que ha dado origen a una fructífera literatura en torno al conflicto y la cooperación- es el conocido dilema del prisionero¹⁷². La anécdota que da origen al dilema es la que sigue. Dos prisioneros - sospechosos de haber cometido un delito- son puestos en celdas separadas. El policía que los detuvo le dice a cada uno que será liberado si denuncia al otro sin que éste, por su parte, lo denuncie a él. Si ambos se denuncian mutuamente, cada uno será condenado a tres años de cárcel. Si él no denuncia, pero en cambio el otro lo denuncia a él, recibirá una condena de cinco años. Si ninguno denuncia, la policía podrá promover una condena de nada más un año. Ahora bien. En las condiciones definidas por el dilema - falta de comunicación entre las partes- cada actor, persiguiendo su propio interés y actuando racionalmente, debiera denunciar al otro y, de esa manera, ambos obtendrían un beneficio menor (una condena de tres años) a aquel que alcanzarían si cooperaran entre sí sin denunciarse (una condena de nada más un año). En términos generales, y dada la condición de racionalidad estratégica, cualesquier conflicto que reprodujese las condiciones del dilema conduciría a que los actores, movidos por su propia racionalidad, actuaran en contra de aquello que, en verdad, los favorece. En otros términos, el dilema del prisionero enseña que los actores, movidos por su propia racionalidad, tenderían a no cooperar entre sí y a defraudarse mutuamente.

Existen múltiples observaciones que es posible colegir de este dilema. Con todo, hay dos que interesa destacar desde ya. Por lo pronto, y como es obvio, puede seguirse que al aumentar la comunicación entre las partes, la solución cooperativa se hace más posible; igualmente, la solución cooperativa se acrecienta cuando la interacción es ilimitada (o sea, cuando el futuro posee algún valor que ayude a relativizar el presente).

¹⁷⁰ Eventualmente este argumento podría alimentar la tesis contraria. Si se acepta que el Estado debe brindar siempre servicios judiciales en áreas como la criminal, puede resultarle más eficiente aprovechar que esos mismos tribunales conozcan causas civiles o de otras materias aumentando así su porcentaje de utilización en zonas aisladas. Sin embargo, la tendencia hacia la especialización de las funciones judiciales, fuertemente alentada con la reforma procesal penal, constituye un buen contraargumento.

¹⁷¹ Ver Binmore, 1994; Davis, 1984.

¹⁷² Gauthier, 1994.

Lo primero suele ocurrir en el mercado. Desde el punto de vista del análisis que venimos realizando, los precios constituyen un sutil intercambio de información y de ahí se ha colegido que supuesto un sistema de precios correcto, las partes negociarían hasta alcanzar la mejor solución según sus preferencias (así, por ejemplo, Coase, en el análisis económico del derecho, ha sostenido que supuesto un sistema de precios perfecto, es indiferente el sistema legal¹⁷³). Desde el punto de vista jurídico, es fácil darse cuenta cómo buena parte de los actores que van ante un tribunal van en busca de certeza o, lo que es lo mismo, de información para poder, luego, negociar. Los procesos declarativos de derechos, cumplen, básicamente, esa función.

Lo segundo se verifica en situaciones sociales que suponen una interacción permanente en el tiempo. Relaciones laborales, familiares y de vecindad, presentan, así, amplias posibilidades de soluciones cooperativas. Las partes suelen no alcanzar esa solución porque se hallan inmersas en una situación del tipo dilema del prisionero. Restablecer un sistema de comunicación puede, allí, facilitar la solución del conflicto.

Esas múltiples características que presentan los conflictos se ocultan cuando el caso se transforma en litigio. Un litigio se caracteriza porque los intereses de las partes (el conjunto de sus expectativas) padecen tres transformaciones: en primer lugar, sus intereses y expectativas se estandarizan en base a reglas; en segundo lugar, se interpone entre los actores un representante (abogado) que guarda con los primeros asimetrías informativas y objetivos divergentes; en tercer lugar, el conflicto así presentado se resuelve echando mano a razones previas y adjudicando el litigio a uno y negándosele al otro.

Extrapolando un tanto los resultados de la teoría de juegos, podemos contar con una visión más acabada del conflicto. La más importante distinción - de cara a los sistemas alternativos- debe ser trazada entre juegos -conflictos- de suma nula y juegos -conflictos- de suma diferente o no nula. El dilema del prisionero - que hemos asumido aquí como un caso de juego, es decir, de conflicto entre sujetos dotados de racionalidad estratégica- constituye un caso de un tipo específico de juego, a saber, un caso de juego de suma no nula y contrapuesto, por tanto, a los juegos de suma cero. La distinción entre juegos de suma no nula y juegos de suma cero - extrapolando: entre conflictos de suma no nula y conflictos de suma cero- radica en que en los primeros las ganancias de uno de los partícipes equivalen necesariamente a las pérdidas del otro, en tanto que en los segundos - es decir, los juegos de suma no nula- existen soluciones que maximizan por parejo la utilidad o el beneficio de los partícipes, como lo sería un intercambio económico en un mercado perfecto. Es posible, haciendo pie en la distinción que se acaba de esbozar, representarse los conflictos como un continuo que va desde los conflictos absolutamente competitivos hasta los absolutamente cooperativos. Es posible, por ejemplo, representarse la disputa por el justo precio en una compraventa - como en un caso de lesión enorme- como un conflicto de suma cero: la utilidad del vendedor es inversamente proporcional a la del comprador (medida la utilidad como la cantidad de precio que cada uno deberá pagar o ahorrará en definitiva). Como es obvio, un conflicto familiar o al interior de una empresa o una disputa vecinal, son conflictos que asumen soluciones cooperativas. Está demás decir que la solución adversarial es naturalmente adecuada para el primer caso e inadecuada para el segundo.

Así, pues, lo que muestran los análisis precedentes, es que el tipo y grado de los conflictos que reclaman solución es altamente diferenciado, motivo por el cual el procedimiento "adversarial" o de adjudicación previsto por el sistema jurídico resulta, para un número relevante de conflictos, inadecuado, provoca insatisfacción y genera nuevos conflictos.

173

Es la tesis conocida como el teorema de Coase.

El conflicto - o la mayoría de ellos, al menos- no resulta ser entonces equivalente al que subyace en el diseño de nuestros tribunales. Por lo pronto, buena parte de los conflictos entre partes destinadas a interactuar indefinidamente en el futuro - por ejemplo, los miembros de una familia, las partes de una empresa, los vecinos de un mismo barrio- no son de suma cero, sino que, según se acaba de explicar, admiten soluciones cooperativas. Los sujetos involucrados en esos tipos de conflictos no logran ajustar esa solución cooperativa porque suelen hallarse en situaciones del tipo dilema del prisionero. La solución de ese dilema (por la vía, vgr. de aumentar las posibilidades de comunicación entre las partes) tiende a facilitar la solución cooperativa. La oficina y el procedimiento jurisdiccional son obviamente inadecuados para la resolución de ese tipo de conflictos. Cuando un tribunal los resuelve - vgr. adjudicando derechos a alguna de las partes y negándoselos a la otra- se obtiene una tasa de beneficio menor que la que se lograría de alcanzar la solución cooperativa y a un costo mucho mayor que a veces se hace inútil cuando las partes, luego de la adjudicación judicial, deciden abandonarla por ineficiente o porque el conflicto, en vez de acabar, se exacerbó.

Lo anterior conduce a otro rasgo de los conflictos que suele ocultarse en el modo que subyace a nuestras instituciones. El conflicto, tal cual se le define en el sistema legal, no es sólo una cuestión de justicia o de moralidad. Es también, y principalmente, una cuestión económica, o sea de distribución de costos y beneficios que posee importantes externalidades hacia sujetos que no son partícipes del conflicto. La solución de un conflicto conyugal de manera inadecuada (y resolverlo sobre la hipótesis de la suma cero es obviamente inadecuado) tiene costos hacia los hijos y hacia el sistema social total (los conflictos conyugales "resueltos" por los tribunales, vgr. en alimentos, suelen pauperizar a quienes participaron en él). Lo mismo puede decirse, en general, de los conflictos entre sujetos destinados a interactuar indefinidamente en el futuro.

Así, pues, no sólo existen razones de bienestar, sino, además, razones que atingen a la naturaleza misma de los conflictos, para favorecer las formas alternativas de resolución de disputas. Como lo muestra la experiencia comparada la utilización de formas alternativas tiene que ver con la privatización, pluralismo y multiformidad que adquieren los conflictos cuando se debilitan las formas espontáneas de control social y se deterioran los grupos de pertenencia.

Estudios practicados en Canadá demuestran que en los casos de mediación, en materia de tuición, 47% de ellos terminaron en tuición compartida, mientras en el sistema jurisdiccional, que también admite esta solución, sólo un 5% llegaron a ella; asimismo, y siempre tratándose de Canadá, el 80% de los usuarios se declaran satisfechos con ese tipo de procedimiento, mientras que en USA ese porcentaje alcanza a un 78% de los partícipes en una mediación enfrente de, nada más, un 47% de los involucrados en un proceso estrictamente jurisdiccional de adjudicación. En fin, en Canadá las soluciones mediadas alcanzan un 97% de cumplimiento espontáneo, mientras que ese porcentaje es de sólo un 60% en las soluciones jurisdiccionales (Bonafe-Schmitt, 1991).

En Chile, pese a su desarrollo sólo incipiente, la mediación arroja índices auspiciosos de éxito en experiencias cercanas al mundo judicial, como las de las Corporaciones de Asistencia Judicial¹⁷⁴ y el Programa Piloto de Mediación conducido por el Ministerio de Justicia; o situadas en el plano de la administración, como las de la Dirección del Trabajo o el Sernac.

174

Un estudio denominado proyecto "Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos", de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana y CPU, del año 1993 (no publicado), indicaba que la mediación como método no adversarial es ampliamente utilizado por las asistentes sociales de dicho servicio, quienes resuelven entre 24% y un 70% los conflictos que conocen aplicando intuitivamente las habilidades y destrezas propias de un mediador. Posteriormente, a partir del año 1995, se crearon centros de mediación en las Corporaciones de la Región Metropolitana y la Quinta Región, atendidos por mediadores especialmente capacitados.

Las críticas que se le hacen a la solución de los conflictos a través de la adjudicación también pueden extenderse al arbitraje, el que, en principio, debe concluir también con una sentencia dictada por un tercero imparcial: el árbitro. Sin embargo, el arbitraje brinda mejores posibilidades de generar, antes de la sentencia, soluciones cooperativas entre las partes, debido al mayor protagonismo que éstas tienen durante todo el proceso, el que por lo demás puede ser mucho más flexible para adaptarse a sus necesidades e intereses.¹⁷⁵ Pero incluso si el juicio arbitral termina con una sentencia, el árbitro por el contacto directo que ha tenido con los litigantes y por las características menos formales del procedimiento está en mejores condiciones de incorporar y congeniar los intereses en su sentencia de las partes,¹⁷⁶ emulando en su fallo lo que podría haber sido una solución negociada entre ellas. Su situación es muy distinta a la del juez ordinario, cuyo primer estudio pormenorizado de los antecedentes del juicio generalmente se produce al momento de dictar la sentencia, sin tener necesariamente que conocer nunca a las partes. En otros términos, la lógica del arbitraje está más cerca de la del mercado, en cambio la de la justicia, está más influida por un estilo más rutinario y burocrático del trabajo que dificulta tener el espacio y la información necesarias para idear soluciones que no sean de suma cero.

Comprueba lo anterior, que estudios de percepción en sectores pobres muestran, al mismo tiempo, como la justicia mejor evaluada y que produce mayores índices de satisfacción a la justicia de menores¹⁷⁷, o sea, en los hechos, a la justicia "dulce" no jurisdiccional. Hay factores asociados a la justicia de menores en Chile que favorecen su buena evaluación: hay menor formalización, mayor oralidad, mayor contacto directo del juez con las partes etcétera, factores todos, como decimos, mayoritariamente presentes en procesos de arbitraje.¹⁷⁸

Adicionalmente, tanto la mediación como el arbitraje, más la primera que el segundo, permiten no sólo descargar de asuntos a los tribunales, sino asumir la resolución de conflictos que de otro modo no hubiesen llegado a instancias especializadas de resolución.

¹⁷⁵ Estamos pensando en los arbitrajes más comunes: mixto a arbitrador.

¹⁷⁶ El término intereses lo estamos utilizando de la misma forma como lo hacen los teóricos de la negociación, como las motivaciones profundas que llevan a una persona a un conflicto, las que muchas veces son distintas a las posiciones que externamente es misma persona defiende en el pleito.

¹⁷⁷ Correa y Barros, 1993.

¹⁷⁸ Adicionalmente, en este tipo de justicia hay menor presencia de abogados y mayor intervención de personal con entrenamiento terapéutico, factores que la acercan aún más a la mediación.

3. PRODUCCIÓN DE BIENES PÚBLICOS POR PARTE DEL PODER JUDICIAL

A lo largo de este trabajo hemos avanzado hacia una concepción de un sistema de resolución de conflictos que podríamos denominar de dos pisos. En el primero se concentraría propiamente la resolución de ellos,¹⁷⁹ tarea que según hemos definido, tratándose de justicia civil y comercial, corresponde a la producción de un bien privado. Nada obstaría entonces que en este nivel –tal como hemos sugerido- se generaran posibilidades abiertas de competencia. Así, a los sujetos se les abriría, a la hora de tener un conflicto por solucionar, una gama amplia de posibilidades, entre las que se encontraría llevar su problema a una instancia de mediación o a un arbitraje o a una instancia estatal de resolución.

La existencia de estas instancias estatales de resolución de conflictos tendrían diversas justificaciones, a saber:

- Por razones de subsidiariedad, pues puede que en determinados lugares geográficos o áreas temáticas no se genere automáticamente un mercado realmente competitivo, con opciones plurales para las personas sujetas a un conflicto
- Por razones de supletoriedad, para facilitar, por ejemplo, las nominaciones de árbitros cuando las partes no se pongan de acuerdo o para asegurar que los conflictos tengan resolución aun cuando por cualquier circunstancia los arbitrajes no prosperen.
- Por el monopolio que le corresponde al Estado del uso de la fuerza pública, aspecto que no puede privatizarse sin poner en cuestión la existencia misma del Estado y sin generar fuertes externalidades negativas sobre la comunidad (algo parecido al “estado de naturaleza” hobbesiano).

Esta limitación sólo debe alcanzar la utilización de la fuerza pública, no así el cumplimiento forzado de resoluciones que puede hacerse por otros medios.¹⁸⁰

- Finalmente, por razones de economía, ya que si el Estado decide por razones distributivas subsidiar íntegramente el bien justicia en favor de determinadas personas puede, eventualmente, resultarle más barato en ese caso producirlo a través de funcionarios públicos, que pagar un servicio entregado por un privado (árbitro).¹⁸¹

Hemos señalado que para que realmente pueda existir competencia por este bien se requiere que el Estado cobre por los servicios de los tribunales, sin perjuicio de financiar la proporción correspondiente a las externalidades que cada juicio genera y de subsidiar a los pobres. Para que el sistema fuese equitativo, también debiera financiar esa proporción cuando las partes utilicen otro medio distinto de resolución de conflictos, en la medida que éste cumpliera con los requisitos mínimos que fije el Estado para asegurar que la externalidad efectivamente se genere.

Ahora bien, cabría preguntarse hasta qué punto es conveniente que los servicios estatales de justicia fueran brindados en forma exclusiva por el Poder Judicial, bis a bis que pudiesen ser entregados por una multiplicidad de otras agencias públicas. Razones propiamente de eficiencia, como las que podrían prevenir de la especialización, aparentemente no concurren en todos los casos. Incluso hemos dicho que ciertas cifras indicarían que en el Poder Judicial, por su propia organización, existirían deseconomías de

¹⁷⁹ Esta idea de “pisos” no guarda relación con la de instancia judiciales. Es así como tanto una resolución de primera como de segunda instancia corresponden al primer piso que describimos.

¹⁸⁰ Por ejemplo, ordenando la cancelación de una inscripción en el Conservador de Bienes Raíces.

¹⁸¹ Obviamente, este es un punto de hecho, que debe ser probado y bien puede que el resultado sea el contrario. Puede ser también que la sociedad sólo esté dispuesta a subsidiar una justicia de menor calidad a las personas pobres.

escala. Pero sí pueden haber razones de otra índole. Cuando las agencias públicas intervienen muchas veces lo hacen en asuntos en que tienen algún interés comprometido.¹⁸² En tales casos resulta aconsejable que intervenga un ente imparcial, ya sea conociendo de todo el asunto, o bien resolviendo las apelaciones contra una sentencia dictada por el propio órgano administrativo.

Pero, independientemente de cómo se organice este primer nivel, existe un segundo en que la situación es bastante diversa. La singularidad de este nivel es que aquí sí se generan efectivamente bienes públicos, sobre los cuales el Estado tiene un interés especial y, consiguientemente, la necesidad de proveerlos, ya que no hay mecanismos de mercado que lo puedan lograr sin su intervención. Hemos reiterado a lo largo de este trabajo que los ciudadanos requieren conocer el contenido y alcances del derecho vigente en el país para adoptar sus decisiones - bajo costos de transacción razonables -, evitando así conductas oportunistas. Tal labor la realiza primariamente el legislador, quien fija las reglas generales a las que los sujetos deben someterse. Pero la descripción que hace una ley de la conducta normada es necesariamente general y abstracta, siendo necesario que con posterioridad intervenga alguien que pueda “leer” tal descripción a la luz de situaciones concretas. Tal función constituye un verdadero equivalente funcional de la legislatura. Quienes la ejercen completan la obra del legislador, no sólo describiendo lo que tales normas dicen, sino extendiéndolas incluso, bajo ciertos presupuestos, a situaciones no previstas por él. Tal es la función que le hemos asignado a la casación y a la jurisdicción constitucional.

Por ahora sólo necesitamos afirmar que ambas funciones –casación y justicia constitucional- deben ser asumidas en forma privativa por el Estado, ya que la definición general de las reglas es condición básica del pacto social, es decir, atributo inalienable de la soberanía popular que no puede ser ejercida por nadie más que por las autoridades a la que los ciudadanos les han delegado tal misión. Igualmente, parece necesario que dentro del Estado sea asumida por un órgano o personas que gocen de una alta dosis de autonomía frente a las otras autoridades públicas, cuyas competencias y atribuciones quedan entregadas al control de este órgano o estas personas. No parecería conveniente, entonces, que tales atribuciones las tuviera una agencia más de la administración o, incluso, el mismo Parlamento. Resulta ya más complejo dilucidar si es conveniente o no que ambas se le atribuyan a una misma entidad. Resulta pacífico que la casación sea asumida por el Poder Judicial. Pero, como veremos más adelante, no lo es que tome la jurisdicción constitucional, por el contenido más directamente político que ésta tiene, lo que aconseja una mayor legitimidad popular de quienes adopten decisiones en la materia.

Antes de entrar derechamente en estos temas, quisiéramos también apuntar que existe otra función con caracteres de bien público asociada al sistema de justicia. Nos referimos al conjunto de mecanismos institucionales destinados a acreditar, informar y controlar el funcionamiento de las distintas alternativas con que cuentan los ciudadanos para resolver sus conflictos. Entre estos mecanismos están las normas que regulan el sistema, pero también los organismos que le permiten al “consumidor judicial” no ser engañado con el producto que recibe. Tal rol, aún cuando no plenamente, lo ejerce en Chile el propio Poder Judicial. Anteriormente dijimos que éste debiera potenciarse si se quiere fortalecer los sistemas alternos de resolución de conflicto, pero también apuntamos que mientras el Poder Judicial sea a su vez un productor de servicios judiciales va a tener una poco conveniente calidad de juez y parte en este tema. Ello es una razón más para tratar de privar, cuanto sea

¹⁸² Muchas veces se trata de conocer reclamaciones contra decisiones tomadas por la misma repartición o bien el reclamo puede influir en el cumplimiento de un determinado objetivo de política que tiene la entidad administrativa.

posible, de competencias a los tribunales que puede asumir un árbitro o un mediador, ya que si el Poder Judicial los ve como competidores, lo más natural es que utilice su facultad de control sobre éstos sino para frenar su desarrollo al menos limitar sus potencialidades.¹⁸³

3.1 Jurisdicción constitucional

Como se ha dicho en el Capítulo II, no existe propiamente una jurisdicción constitucional en Chile, en el sentido que su práctica produzca, en beneficio común, los bienes públicos que es posible esperar de la resolución de casos típicamente constitucionales. Ni la inaplicabilidad ni el llamado recurso de protección han colaborado, de modo relevante, a dar vigencia al texto constitucional, a limitar efectivamente el ejercicio del poder político por aplicación de los derechos garantidos en la Constitución o a desarrollar su significado y darles vigencia social.

Decimos que estos mecanismos no han colaborado a desarrollar un significado del texto constitucional que ayude a darle vigencia efectiva y a socializar su conocimiento, ya que a través de estas vías, no se ha producido una jurisprudencia constitucional coherente y sostenida. Desde luego, en el caso de la inaplicabilidad, porque el número de causas de este tipo que ingresan a la Corte Suprema constituye una proporción muy menor de su trabajo y se concentran en muy pocas materias; tanto las reglas procesales como el debate constitucional muestran que la figura existe y funciona en interés particular, sin que el interés público tenga suficiente cabida; por último, porque una cuestión no constitucional, como es la suspensión del proceso principal, opera como un mecanismo decisorio y lleva a que sea muy bajo el número de causas que se fallan mediante una sentencia.

En el caso de la protección, el análisis efectuado nos llevó a concluir que, si bien, su uso era frecuente y el número y relevancia social de los fallos había sufrido un constante aumento, el debate que genera su interposición dice relación mucho más con la legalidad del acto u omisión que con derechos constitucionales. Por lo mismo, la jurisprudencia no ha ayudado a otorgar significado a la Constitución, ni seguridad a la población acerca de su sentido y alcance.

Como consecuencia de lo anterior, los mecanismos señalados tampoco han ayudado, de modo relevante, a velar por la supremacía de la Constitución. En el caso de la inaplicabilidad principalmente por lo escaso de sus fallos, lo poco constante de las razones que se dan en los mismos, el carácter casuístico de sus razonamientos y el efecto particular de los fallos. En el caso de la protección porque ha sido un instrumento eficaz para velar por la legalidad de los actos de la administración y de particulares, más no para controlar su constitucionalidad. En otras palabras, la protección ha operado como un control de legalidad y no propiamente como un control de constitucionalidad.

Por último, hemos afirmado que estos mecanismos tampoco han ayudado de modo significativo a limitar el poder en resguardo de los derechos garantidos en la Constitución. En el caso de la inaplicabilidad, por las razones ya dadas, este instrumento exhibe una jurisprudencia escasa e inconsistente en materia de derechos constitucionales. La protección ha servido para amparar derechos frente a actos u omisiones ilegales, pero ello no debe ser confundido con la idea de defensa de derechos o garantías constitucionales. La especificidad de estos y la determinación de su sentido y alcance no parecen tener presencia ni aplicación en el debate jurisprudencial de protección.

¹⁸³ El riesgo es que los tribunales traten de “judicializar” la operatoria y las decisiones de estos otros sistemas de resolución de conflictos, perdiendo con ello precisamente las ventajas que los justifican.

Como consecuencia de estas deficiencias, los derechos constitucionales en Chile tienen una muy escasa aplicación jurisprudencial. Lo mismo ocurre, por añadidura, con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el país que, por efecto de lo dispuesto en el artículo 5° de la Carta Fundamental, tienen jerarquía constitucional.¹⁸⁴ Ello es particularmente grave para una sociedad democrática, pues hace feble la capacidad de invocar derechos esenciales en contra de la mayoría. Recientes publicaciones jurídicas que tratan de la acción de protección podrían dar la impresión contraria; especialmente en cuanto hablan de una constitucionalización de las restantes ramas del derecho. Ese lenguaje puede crear un espejismo y la falsa ilusión de que contamos con una jurisdicción constitucional activa y suficiente. Como hemos dicho, si bien la acción de protección se encuentra consagrada en la Constitución, ella no fue diseñada ni sirve para controlar la actividad legislativa, lo que es la tarea propia de las jurisdicciones constitucionales, ni ha dado pie a un debate propiamente constitucional ni a una jurisprudencia acerca de esos derechos, ya que ella suele satisfacerse con un examen acerca de la legalidad de los actos u omisiones impugnados. Esta constatación no le resta valor a la protección, simplemente impide presentarla como justicia constitucional.

Todo lo anterior debiera servir de base para pensar en reformas al sistema institucional, para que éste pueda desplegar las funciones propias de una jurisdicción constitucional, bien público por naturaleza, según hemos afirmado y rol prioritario del sistema judicial, en el que resulta insustituible por métodos alternativos.

No es el caso entrar aquí en un análisis detallado de las reformas que serían necesarias, lo que nos obligaría a hacer consideraciones políticas y procesales que exceden con mucho el propósito de este trabajo. Con todo, nos parece necesario explicitar algunos objetivos e ideas centrales que debieran orientar una reforma a partir del análisis ya hecho.

Desde luego, cualquier reforma acerca de la justicia constitucional debiera tener presente que uno de los objetivos fundamentales que ella debe cumplir consiste en someter la política al derecho y particularmente a la Constitución; controlar el ejercicio del poder político, para así asegurar la vigencia de un Estado de Derecho. Puestas así las cosas, cabe, en primer lugar preguntarse acerca de la conveniencia de que tal tarea se encuentre distribuida en diversos órganos, la mayoría de los cuales no son especializados o si debiera concentrarse en un órgano especializado.

Desde luego, la radicación de la facultad de control represivo de la constitucionalidad de la ley en el Pleno de la Corte Suprema demuestra que más que la discusión constitucional, la Corte ha hecho que factores procesales lleguen a ser decisivos en el resultado, lo que probablemente es efecto de su carácter no especializado y de la poca primacía que estas causas tienen en su agenda, lo que hace que la gran mayoría de ellas no sean resueltas por una decisión acerca del fondo.

Es difícil pensar en una reforma estructural que pudiera modificar sustancialmente lo que ha ido logrando una cierta tradición. Pensamos que el control preventivo del Tribunal Constitucional y la protección, no obstante su corta existencia, han ido echando raíces en el panorama jurídico chileno. Sin embargo, éste presenta un vacío en cuanto a la posibilidad de recurrir a posteriori por la inconstitucionalidad de una ley. Ello no está cubierto por la protección,¹⁸⁵ ni ha tenido desarrollo a través de la inaplicabilidad, según creemos haber demostrado. De ese modo, hay aquí un vacío, una necesidad y una oportunidad de reforma.

¹⁸⁴ Esa es, al menos, la opinión mayoritaria de la doctrina.

¹⁸⁵ Si bien no se encuentra expresamente excluido, la tendencia jurisprudencial y doctrinaria mayoritaria es a entenderlo así.

Por ello, estimamos necesario ampliar el debate que hoy se verifica a propósito de la composición del Tribunal Constitucional, para cubrir el tema de su competencia. Bien pudiera reducirse la revisión preventiva de los proyectos de ley sólo a aquellos casos en que hubiera impugnación, eliminándose así la necesidad de hacerlo de oficio;¹⁸⁶ y ampliar su competencia a conocer de los casos en que se impugnen preceptos legales por particulares, en defensa de cualquier derecho garantido en la Constitución.

Ello no solo permitiría concentrar a la Suprema en tareas estrictamente jurisdiccionales, sino también entregar al Tribunal Constitucional otra serie de funciones que parecen convenientes, constituyéndolo en el órgano que resuelva acerca del sistema de fuentes y su jerarquía en el derecho chileno.

Desde luego, parece aconsejable que el Tribunal pueda también conocer de impugnaciones a la constitucionalidad de los Reglamentos de las Cámaras y de los Auto Acordados de la Corte Suprema, los que hoy escapan a todo control, sin que ello se justifique.

En segundo lugar, cabría considerar la posibilidad de que el Tribunal se hiciera cargo de todos los conflictos de competencia entre órganos públicos, lo que evitaría mezclar a la Corte Suprema en negocios que no parecen propios de su fisonomía, ni obligarla a considerar los intereses corporativos del propio Poder Judicial en las disputas que resuelve, lo que no parece conveniente a su imagen.

Dada la larga y poco afortunada experiencia histórica de nuestro país en materia de Estados de Excepción, cabría considerar también la posibilidad de entregar al Tribunal Constitucional la revisión de la constitucionalidad de las limitaciones a derechos impuestos en tales estados, todo ello sin perjuicio de los recursos de particulares en casos concretos.

Así pensado, el Tribunal Constitucional, como el órgano encargado de decidir específica y únicamente de las cuestiones de constitucionalidad, el debate acerca de su composición debiera ampliarse, ya que sus competencias exigirían de miembros con dedicación completa, cuya designación asegurara un alto grado de legitimidad democrática en su origen y absoluta independencia en su ejercicio.

De igual modo, un modelo como el propuesto permite al Tribunal pensar su función desde una perspectiva pública. Aún cuando pudiera conocer de recursos que le interpusieran los particulares, su misión no estaría tanto en la resolución del caso concreto o en el amparo de tal ofendido, sino en la declaración de inconstitucionalidad de un cuerpo normativo.

Por otra parte, si la función más propia de la jurisdicción constitucional consiste en el desarrollo y vigencia de derechos fundamentales y de su protección en contra de la voluntad de la mayoría, es indispensable que se produzcan reformas en un doble sentido. En primer lugar, una jurisdicción constitucional, a diferencia de lo que hoy ocurre con la jurisprudencia de protección, debe de configurar un contenido propio de los derechos fundamentales. Son éstos, y no cualquier derecho, los que se constituyen en límite al poder. En consecuencia, sin perjuicio de mantener y perfeccionar la protección, del modo como se propondrá más adelante, debe de existir una jurisdicción propia de los derechos constitucionales, capaz de amparar a estos en su especificidad, frente a las decisiones de mayoría. Lo ya propuesto, en el sentido de ampliar las competencias del Tribunal Constitucional al control represivo de la ley permitiría alcanzar aquello.

¹⁸⁶ Lo natural, en este caso, sería que tal examen se hiciera una vez aprobado el Proyecto y antes de su promulgación, para así terminar con la posibilidad de que el Tribunal intervenga en medio de un debate parlamentario no afinado. No nos parece que razones de "economía" puedan justificar impedir un debate parlamentario en desarrollo, cuyos resultados aún no se conocen.

De igual modo, la justicia propiamente constitucional requiere configurar jurisprudencia y particularmente una que permita dar un significado más específico a los derechos garantidos en la Constitución. Estamos conscientes que otorgar valor al precedente es ajeno a nuestra tradición. Sin embargo, creemos que es necesario favorecer en todo un mayor respeto del precedente, de modo que su modificación sea un acto excepcional, consciente y expresamente razonado. Ello es la única garantía de seguridad e igualdad para la ciudadanía y el único modo que efectivamente adquiera vigencia un texto constitucional con significado operativo. Desde luego, la existencia de un órgano especializado con integrantes de jornada completa debiera favorecer una genuina práctica jurisprudencial con líneas de razonamiento continuado, aunque no necesariamente uniforme. De igual modo, debiera favorecerlo la posibilidad del Tribunal de desechar, con razonamientos y procesos breves, casos que deben rechazarse mediante la invocación de un precedente. Ello permitiría al Tribunal descargar trabajo irrelevante desde el punto de vista del interés público cuando no exista voluntad para modificar la doctrina interpretativa sostenida en el pasado. Como se ha dicho, no se trata de que la jurisprudencia resulte inamovible, toda vez que ello rigidizaría el orden; de lo que se trata es de idear mecanismos para favorecer que ella alcance una regularidad y sentido concordante tal, que la sociedad pueda, a raíz de ella, conocer mejor sus derechos fundamentales y sentirse más segura acerca de aquellos que efectivamente le amparan.

Nada de lo dicho debiera entenderse como una desvalorización de nuestra parte acerca del rol que ha venido a jugar la acción de protección. Lo que afirmamos, sin embargo, es que ella no ha constituido una jurisdicción constitucional, ni en el sentido de someter la acción de las mayorías legislativas al derecho ni como específico amparo de derechos constitucionales.

La acción de protección ha venido a cumplir varios roles diversos. Entre ellos, uno de los principales, a constituirse como un equivalente funcional de intervenciones jurisdiccionales de restablecimiento del imperio del derecho en el ámbito de las relaciones privadas, cuando en ellas se verifica un acto ilegal o arbitrario que afecta un derecho subjetivo indubitado.

Tal función se ha mostrado como muy positiva. El hecho de que no sea jurisdicción constitucional no la hace menos meritoria. Creemos que, aunque se sitúe en el plano de las relaciones típicamente privadas, ella debe de seguir siendo provista por el Poder Judicial. Pueden darse diversas razones para pensar así. Desde luego, para cumplir esta tarea con la prontitud que demanda, el Tribunal debe de tener una instalación permanente; cualquier sistema de arbitraje implicaría agregarle costos de instalación muy negativos para su necesariamente urgente intervención. En segundo lugar, pensamos que esta tarea debe de recaer en el sistema judicial ya que el restablecimiento rápido del derecho exige, con frecuencia, el uso de la facultad de imperio. Podrían agregarse otras razones, menos concluyentes, como la típica desigualdad en que suelen encontrarse las partes cuando una de ellas ha quebrantado la vigencia del derecho en sus relaciones y otras. Sin embargo, nos parece que las dos principales ya apuntadas son suficientes para la conclusión alcanzada. Si bien esas razones ameritan que la función se radique en los Tribunales, nada aportan para convencer que esta función se radique en Cortes de Apelaciones. En este sentido, si tuvieran éxito los procesos de desjudicialización de causas en tribunales de primera instancia y la instauración de oralidad e inmediatez en los procesos civiles, ello debiera razonablemente llevar a concluir acerca de la conveniencia de radicar las protecciones contra particulares en tribunales de primera instancia, sin que ello implicara arriesgar el carácter sumario y desformalizado que hoy presentan. Ello permitiría asegurar que las apelaciones se vieran en segunda instancia con plenas garantías de un debido proceso, que

hoy ya no se asegura en la Corte Suprema, donde las causas son vistas en cuenta sin audiencia de las partes.

La acción de protección ha venido también a cumplir el equivalente funcional del contencioso administrativo. Son pocas las voces que indican que este procedimiento rápido y desformalizado es inadecuado para canalizar este tipo de conflictos (Pierry, 1977), aunque se necesitaría de un estudio más fino que el que contiene esta investigación para arribar a una conclusión de esta naturaleza. Con todo, y más allá de que se instaure o no un contencioso administrativo para causas que requieran más lato conocimiento, la protección ha hecho un aporte en esta materia que no debe ser desconocido y que debe mantenerse y respetarse en futuras reformas.

3.2 Jurisdicción de casación

El principal escollo que debe enfrentar la casación, para convertirse en una vía de producción de bienes públicos a favor de la comunidad, es su unión tan estrecha con un litigio determinado y con el interés de las partes que en él se encuentran en juego. Concebida la casación como uno más de los medios de impugnación con que cuenta un sujeto contra un fallo que considera le es adverso, es muy difícil que sean los intereses generales de la sociedad, y no los específicos de ese sujeto, los que determinen el procedimiento y el contenido de la resolución de casación en dos sentidos que atentan contra su calidad de bien público.

El primero se refiere a los asuntos susceptibles de ser conocidos a través de la casación. Si se estima que la posibilidad de recurrir de casación es un derecho que asiste a toda parte que interviene en un litigio, derecho del que no puede ser privada sin que con ello se afecte el debido proceso y la igualdad ante la ley,¹⁸⁷ deberemos también aceptar que se deduzcan y deban ser conocidas casaciones en que no esté envuelto en absoluto el interés general de la sociedad sino exclusivamente el del particular afectado.

El segundo se refiere al grado de generalidad del recurso. Si se centra demasiado en las particularidades de un caso concreto el fallo de casación corre el riesgo de perder la generalidad necesaria para iluminar la forma de resolver otras situaciones similares.

Dos serían entonces los requisitos básicos que debería tener la casación para entregar bienes públicos que no se encuentran en nuestro sistema.

Primero, la posibilidad de poder discriminar, entre los distintos asuntos que son sometidos al tribunal de casación, aquellos que a juicio fundado de los juzgadores envuelven decisiones de importancia sobre la comunidad en general. Tal es el instituto del "right of certiorari" del derecho anglosajón que le permite al Tribunal rechazar aquellas solicitudes que no estima de interés general.¹⁸⁸ El certiorari impide que se banalice el recurso, permitiendo concentrar los recursos y esfuerzos del tribunal en aquellos asuntos que realmente justifican su intervención. Se reconoce así que los recursos en ésta, como en otras materias, son siempre limitados. Que la cobertura del sistema y el tiempo de los jueces dedicados a fallar casación siempre serán escasos, por lo que deben ser administrados con criterios de racionalidad explícitos para dirigirlos hacia su mejor uso alternativo. En este caso, no hay dudas que tal mejor uso está dado por los asuntos que, en mayor medida, envuelven un

¹⁸⁷ Esta es la tesis del fallo del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional a la ley que introdujo como causal de rechazo del recurso de casación el que "carezca de relevancia jurídica para la adecuada interpretación y aplicación del derecho" (Vid Capítulo II Supra).

¹⁸⁸ Lo que se dice respecto a la casación, en este aspecto, es también aplicable a las acciones constitucionales.

problema de interés general, ya sea por la cantidad de personas afectadas, por la magnitud de los derechos comprometidos en la situación, o por la capacidad de producir certezas necesarias acerca del sentido y alcance de alguna regla o conjunto de reglas vigentes.

Ya hemos visto que introducir el certiorari en nuestro país choca con la concepción privatista del proceso, cuya máxima expresión es el fallo del tribunal constitucional ya reseñado. Sin embargo, esta óptica aparentemente tiende a cambiar desde el momento en que en la justicia criminal, sin dudas la materia donde más emblemáticamente se ha esgrimido el llamado principio de legalidad, que impide a los órganos jurisdiccionales decidir a qué asuntos se dedican y cuáles excluyen, está en estos momentos siendo dejado de lado por el Parlamento en el marco de la reforma procesal penal, para ser sustituido por el principio de oportunidad que por razones de economía permite no investigar ni penalizar la comisión de determinados delitos que no afectan en forma significativa a la comunidad. Quizás más importante aún que la aceptación legislativa a este nuevo principio,¹⁸⁹ es que la discusión pública que ha habido en los últimos tiempos en el país sobre el tema, ha llevado a que los propios procesalistas, originalmente reacios a la institución, hoy la acepten.¹⁹⁰

El segundo requisito es entonces que las decisiones de casación sean formuladas con un suficiente grado de generalidad para que trasciendan de las consideraciones particulares del caso específico en que inciden y puedan iluminar cuestiones similares – aunque no idénticas- que se produzcan con posterioridad. Debe recordarse que el efecto precedente de la casación no se sitúa en la resolución específica de la casación, sino en la argumentación en que ésta se sostiene. Más que perseguirse una uniformidad en los fallos, lo que debe perseguirse de los sentenciadores es el desarrollo de una capacidad argumentativa profunda y coherente, que se haga cargo de los argumentos antes esgrimidos por la misma Corte.

Para que efectivamente la casación adquiera la fisonomía que sugerimos, se hace necesario que la Corte Suprema deje definitivamente de concebirse como un tribunal de instancia llamado a controlar, en todos sus extremos, el trabajo jurisdiccional que desarrollan sus inferiores. La primera tarea para lograrlo que, en parte, según demuestran las cifras, se ha cumplido, es reducir drásticamente el espacio del principal competidor de la casación: la queja. Mientras la Corte cuente con ese instrumento, tendrá pocos incentivos para dedicarse a fallar casaciones. Pero ello no basta, debe también perfilarse adecuadamente la institución de la casación para que esté desprovista de la formalidad enervante que hasta hoy la rodea y para que se extienda a todos los aspectos sustantivos envueltos en el fallo.¹⁹¹

Tales son las acciones que deben seguirse al nivel legislativo. Sin embargo, con ellas no se solucionará del todo el problema; pues existen factores culturales fuertemente arraigados que llevan a los Ministros de la Corte Suprema a sentirse los depositarios últimos de la jurisdicción y a entender que la labor más importante que pueden desarrollar es fallar en última instancia una causa (tanto en los hechos como en el derecho), sin limitarse

¹⁸⁹ De hecho, los legisladores ya habían dado anteriormente su aprobación a la norma que establecía una suerte de certiorari en la casación, la que luego fuera declarada inconstitucional.

¹⁹⁰ Al respecto puede verse la evolución de las posiciones declaradas al respecto por el Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y por el Instituto Chileno de Derecho Procesal.

¹⁹¹ La propuesta de reforma procesal penal, siguiendo estas mismas orientaciones, modifica significativamente la casación. En esta reforma se elimina el recurso de apelación, pero se establece una casación más amplia, que engloba tanto la en la forma como en el fondo, y que se extiende a la protección de las leyes reguladoras de la prueba. Se establece la posibilidad de que la Corte Suprema delegue el conocimiento de este recurso en las Cortes de Apelaciones.

únicamente a conocer del derecho aplicable vía casación.¹⁹² Mientras esta percepción no se revierta, resultará difícil que la casación ocupe el espacio que le corresponde, sobretodo si se une a esta minusvaloración la constatación de que es un recurso que da mucho más trabajo y tiene menores consecuencias que un fallo de queja.

Debieran adoptarse políticas concretas para asegurar que los efectos uniformadores de la jurisprudencia que se le asignan a la casación efectivamente se obtengan. Ello podría lograrse en forma indirecta, mejorando, por ejemplo, la información con que cuentan los jueces respecto a los fallos de la Corte Suprema o, incluso, incluyendo la forma como los jueces utilizan la jurisprudencia dentro de los factores a considerar en las calificaciones judiciales.

Cambios que permitan derechamente asignarle valor a las sentencias de casación como fuente de derecho más allá del caso específico en que se dictan, dándoles la fuerza de un precedente, resultan más ajenos a nuestra tradición jurídica y, por ende, más difíciles de implementar en el corto plazo. Sin embargo, podría pensarse en que la misma Corte Suprema quedase ligada por sus fallos previos en materia de casación, pudiendo automáticamente extrapolar lo anteriormente resuelto a casos completamente análogos.¹⁹³ De no poder hacerlo, la Corte se vería obligada a entrar a conocer de cada nuevo asunto como si fuera uno enteramente nuevo, con lo que se perderían muchas de las ventajas que le hemos asignado al certiorari.¹⁹⁴ Este, como dijimos, persigue que la Corte sólo se dedique a conocer aquellos casos en que genera algún valor agregado de interés público.

En fin, la casación requiere en nuestro país de una serie de otras modificaciones técnicas para adecuarla a los estándares que se aceptan hoy internacionalmente para el instituto. Se trata de aspectos propios del derecho procesal sobre los que, por exceder el marco de nuestro trabajo, no nos extenderemos.

¹⁹² A ello hay que sumarle el extremo verticalismo de la organización judicial chilena, que convierte a los Ministros de la Corte Suprema en “jefes” de todos los restantes jueces, relación que alienta buscar vías para que sin limitaciones el superior pueda corregir el trabajo del inferior.

¹⁹³ Es muy común que problemas idénticos se repitan numerosas veces. Como no existe ninguna obligación de mantener una decisión sobre la cuestión se generan sentencias contradictorias, las que tienen un muy nocivo efecto sobre el sistema en general.

¹⁹⁴ Si encontró que había un interés público comprometido en el primer asunto, también debería encontrarlo en los siguientes.

4. POLÍTICAS PARA MEJORAR LA EFICIENCIA DEL PODER JUDICIAL

Cualquiera sea el destino de las reformas que hemos sugerido a las funciones del Poder Judicial, no hay dudas que éste continuará con amplias potestades y una carga de trabajo significativa. Para que las pueda desarrollar en forma adecuada se requeriría también implementar cambios al nivel de la organización y gestión del sistema que lo hicieran más eficiente. Aquí también es posible pensar en reformas sustanciales al sistema judicial.

Una primera opción es pensar en un sistema de producción pública del que hemos denominado el “primer piso” del bien justicia de forma descentralizada, lo que permitiría mayor flexibilidad para adecuar la oferta con la demanda, tanto en sus contenidos como en sus volúmenes. Ello no debiera resultar muy extraño en Chile ya que tenemos la experiencia de los Juzgados de Policía Local que cuentan, administrativamente, con una estructura descentralizada, pues son una repartición más de cada Municipalidad. Así estos juzgados se organizan en forma distinta atendiendo el tipo de asuntos de que deben conocer, siendo distinto el funcionamiento de, por ejemplo, los juzgados de grandes ciudades, que conocen de una enorme cantidad de infracciones del tránsito; de la que tienen los rurales, que conocen comúnmente pequeños conflictos de vecindad. El número de los funcionarios, su calidad profesional, el horario de atención y muchos aspectos más, cambian en estos tribunales según su carga de trabajo, demostrando una mayor adaptabilidad al medio.

Pero aunque se mantuviese la organización centralizada que actualmente tienen los tribunales también es posible idear una organización y sistemas de gestión más eficientes que aquellos con que hoy en día se cuenta.

Actualmente, cada juzgado es concebido como una unidad independiente que reúne en su interior todas las funciones que debe prestar. Se constituye con un juez, un secretario y un conjunto de funcionarios, cuya planta es fijada por ley, variando entre 5 en los tribunales más pequeños, hasta 15 en los más grandes (Vargas y Correa, 1995). Estos tribunales tienen competencia sobre un territorio determinado, debiendo conocer todas las causas originadas en su interior. Este tipo de estructura presenta graves disfuncionalidades, a saber:

- Tal organización es extremadamente rígida para ajustarse a los cambios que va sufriendo la demanda por servicios judiciales, lo que ha derivado en una enorme heterogeneidad en la carga de trabajo que debe asumir los diversos tribunales. Las rigideces provienen de que cualquier ajuste pasa por la creación de nuevos tribunales, lo que implica desde la construcción o habilitación de un local, hasta de dotarlos de todo el cuerpo de personal y de recursos físicos que requieren, o bien exige alterar todo el mapa judicial, siendo ambas medidas sumamente costosas.
- Repetir en cada tribunal todas las funciones significa no aprovechar las economías a escala que se generan con su otorgamiento. Así tribunales que hoy comparten un mismo espacio físico (están en un mismo edificio) tienen cada uno una oficina de partes, su propio sistema de mensajería, custodia de documentos y especies, etc.
- El aislamiento con que operan cada uno de estos juzgados dificulta el establecimiento de estándares comunes de organización que permitan aprovechar compartidamente las experiencias más exitosas. Esta circunstancia permite explicar, al menos en parte, las extremas desigualdades en productividad que hoy en día exhiben los tribunales.
- El establecimiento desperdigado de unidades pequeñas hace antieconómico introducirle determinadas innovaciones de gestión, tales como aquéllas referidas a los sistemas de información y a la profesionalización de la administración.

- Se produce una dispersión física de los distintos servicios relacionados con la producción de justicia que perjudica al usuario.
- En definitiva, esta organización cuasi feudal del Poder Judicial es funcional al sistema en extremo jerarquizado que hoy en día presenta. Ciertamente, la existencia de juzgados atomizados impide que pueda delegarse en ellos muchas de las decisiones generales sobre gestión y administración de recursos del sistema, ya que en tal caso cada uno velaría por sus propios intereses sin poseer una visión de conjunto sobre lo que le interesa al sistema en su globalidad. Es por ello que se le atribuye a las instancias superiores la tuición no sólo en lo jurisdiccional, sino también en lo administrativo, de las inferiores. Sucede así que la organización jerárquica que se construye a partir de esta necesidad de gestión, unida a la forma como se ha concebido la carrera judicial al interior de este Poder, genera incentivos contradictorios con la independencia que debe caracterizar la función judicial.

Debe considerarse que la independencia judicial, concebida como las condiciones para que las decisiones judiciales sean motivadas exclusivamente por los hechos de la causa, el derecho y la particular valoración del juez; no sólo puede ser vulnerada en forma externa al sistema, pues las presiones pueden ser tanto o más inconvenientes si provienen de superiores jerárquicos que, aprovechándose precisamente de su poder para tomar decisiones administrativas que afectan al inferior, logran imponer sus criterios por vías distintas a las jurisdiccionales.

Es éste un elemento determinante para sugerir que las políticas públicas en el sector judicial se encaminen a establecer una organización administrativa más horizontal del Poder Judicial, funcional con la independencia interna, que evite la construcción de una estructura absolutamente piramidal en su interior (Vargas, 1997)

Para dar solución a todos estos problemas hoy en día se propone¹⁹⁵ la constitución de juzgados corporativos especializados, en los cuales se agrupa a un conjunto de jueces, cuyo número depende de las características regionales, en un sólo espacio físico. En este esquema ya no es cada juez quien cuenta con personal bajo su directa responsabilidad, salvo la existencia, eventualmente, de un ayudante, pues se conforma un conjunto de empleados que los sirven indistintamente, centralizándose así las funciones más repetitivas de la organización.

Indudablemente, el establecimiento de estos tribunales no puede entrar en pugna con criterios de accesibilidad a la justicia, razón por la cual debe buscarse compensar las ventajas de la agrupación con los problemas que genera la lejanía. Ello exige elaborar modelos de ubicación geográfica de tribunales que incorporen múltiples variables como las de costo, población, distancia, comunicaciones, litigiosidad, etc.

Tal organización judicial permite que muchas de las decisiones más relevantes de gestión, incluso presupuestarias, puedan ser desconcentradas en cada una de estas nuevas unidades, ya que por su tamaño y forma de gestión facilitan una asignación racional de los recursos. Igualmente, permite ajustar la oferta a la demanda con mayor facilidad, pues para ello se requiere el nombramiento de jueces adicionales, sin que ello necesariamente signifique alterar en demasía el aparataje burocrático que los apoya, ni la infraestructura.

Otro cambio de suma relevancia al interior de los tribunales debe ser la separación, en cuanto ello sea posible, de las funciones administrativas de las jurisdiccionales, con la consiguiente profesionalización de las primeras. Hoy en día son el juez, y en menor medida el secretario del tribunal, los responsables por la gestión del despacho judicial, viéndose

¹⁹⁵ En muchas de estas ideas se funda la reforma organizacional que acompaña a la procesal penal en actual tramitación en el Parlamento.

estos abrumados por tareas administrativas para las cuales carecen de habilidades, lo que resta su tiempo disponible para dedicarse a lo que es su función principal: la de conducir los juicios y fallarlos.

Es muy difícil en el actual esquema procesal discernir con claridad lo que es administrativo de lo que es jurisdiccional, fruto de la extendida delegación de funciones que ocurre al interior de los tribunales, producto de la cual los empleados de secretaría, como ya se ha dicho, ejercen buena parte de las funciones puramente jurisdiccionales, quedándole al juez como función exclusiva la de dirigir y fiscalizar las tareas así como, e incluso aquí hay excepciones, la de dictar las sentencias en las causas.

Sin embargo, tal situación deberá experimentar un cambio radical luego que se modifiquen los procedimientos y se establezcan juicios orales,¹⁹⁶ en el cual las funciones jurisdiccionales sólo pueden ser ejercidas por el juez. Todo el restante apoyo administrativo puede entonces pasar a ser dirigido directamente por un profesional de la administración, el que deberá velar porque este recurso también sea asignado racionalmente conforme a la carga de trabajo y a las necesidades de los distintos jueces.

Para enlazar la labor jurisdiccional con el apoyo administrativo, debiera crearse la figura de un juez coordinador, quien asumiría tal labor como un *primus inter pares*, pero dotado de amplia legitimidad entre los jueces y con dotes especiales para los temas administrativos.

Otros cambios relevantes debieran ser la estructuración de un completo sistema de información, el cual permitiría el establecimiento de un sistema de control de gestión que se pudiese asociar a un sistema de incentivos que reduzca el problema de agencia, premiando a los mejores funcionarios.¹⁹⁷ El tema de la información es de extrema relevancia en el caso del Poder Judicial pues bien es posible definir toda su labor precisamente como la acumulación y procesamiento de ésta.

Debe ponerse especial énfasis en la transparencia de toda la gestión al sistema,¹⁹⁸ lo que incluye el acceso a toda la información relevante sobre el funcionamiento del mismo, salvo aquélla que muy circunstancialmente, y en forma contingente, la ley la proteja con el secreto. Ello permite el control ciudadano sobre la misma y se minimizan los riesgos de corrupción.

Otros cambios son también necesarios para concentrar la labor de los tribunales exclusivamente a lo que les es propio y donde se encuentra justificada la producción estatal, por lo que ellos debieran externalizar una serie de servicios ligados al proceso pero no inherentes a él, tales como las notificaciones, citaciones y, eventualmente, la custodia y vigilancia.

¹⁹⁶ Ya se ha comenzado a hablar en Chile de emprender apenas se ponga en marcha la reforma procesal penal, la reforma procesal civil. En lo que dice relación a los asuntos de familia, los nuevos tribunales que se han propuesto para preocuparse de los mismos emplearán también un procedimiento oral.

¹⁹⁷ Por primera vez, a partir del presente año se ha comenzado a entregar en el Poder Judicial un bono de gestión a los funcionarios mejor evaluados pertenecientes a los tribunales de mayor rendimiento. Sin embargo, para que este sistema funcione en forma eficiente se requiere solucionar las serias deficiencias que hoy en día presenta el sistema de calificaciones judiciales (Vargas 1998b)

¹⁹⁸ El mismo juicio oral y público es el mejor mecanismo para asegurar tal transparencia.

5. FINANCIAMIENTO Y DISTRIBUCIÓN DE LOS COSTOS DE LITIGAR

La litigación, hemos visto, posee costos privados y sociales que suelen ser divergentes y que - supuesto un litigante neutral al riesgo- alientan la litigación.¹⁹⁹ Desde este punto de vista, el financiamiento de parte de la litigación con cargo a rentas generales resulta económicamente correcto si y sólo si la magnitud de lo que se financia de esa forma resulta aproximadamente igual a la externalidad positiva del litigio.²⁰⁰ Una manera de alcanzar este resultado, consiste en estimar la magnitud aproximada de esa externalidad positiva y cobrar la diferencia a los litigantes mediante un sistema de tasas que sirva de barrera de entrada a la litigación y cuya detección sea fácil de realizar²⁰¹ (para no encarecer de esta manera los costos de transacción).²⁰² Un sistema de tasas permite aproximar los costos sociales y los costos privados de la litigación, favoreciendo de esa manera una apreciación más real de parte de los litigantes, de su probable beneficio e induciéndolos a actuar de una manera socialmente óptima.²⁰³ En otras palabras, un sistema de tasas permite internalizar parte de los costos de litigar permitiendo que la disposición a pagar revele el valor que las partes asignan al objeto en disputa. De la misma forma, un sistema de tasas –al instituir un “sistema de precios” en la litigación- permite que la propensión a litigar sea ajustada a los óptimos del bienestar. En otras palabras, las tasas permiten llevar la litigación a un nivel óptimo –o cercano al óptimo- más que reducir directamente sus costos.

La precedente estructura de precios en la litigación posee, desde luego, el inconveniente que obra como una barrera de entrada de quienes, poseyendo razones para litigar, no pueden, sin embargo, afrontar los costos de hacerlo (Posner, 1998b, 199). En esta hipótesis ¿existen razones para subsidiar esa litigación más allá de lo que exigen las externalidades positivas?. ¿Porqué la sociedad tendría interés en pagar esa litigación?.

¹⁹⁹ Excluimos de este análisis aquella litigación que, según hemos afirmado, genera bienes públicos. En ella, el rol del Estado en su provisión y producción varía. Sin embargo, ello no implica que el financiamiento estatal deba ser en este caso íntegro ya que, como los antecedentes entregados indican, existe una cierta disposición a pagar de parte de los sujetos los costos privados que hoy en día implica estos bienes –honorarios de abogados y otros gastos -, por lo que no todos se comportan como free riders. Ello no obsta a que el Estado pueda crear agencias con la misión de promover ante la justicia cuestiones constitucionales de interés general.

²⁰⁰ Al Estado, además, le puede interesar subsidiar el acceso a los servicios de resolución de conflictos por razones de equidad, a personas que carezcan de recursos para ello. Por tener una justificación diversa, este subsidio debe ser evaluado en base a otros parámetros, siendo los fundamentales el grado de focalización que se alcance con él y los costos de su administración. Adicionalmente, el Estado podría lograr este objetivo alentando sistemas de cuota litis (contingent fees, más adelante analizados) que operan como un seguro privado (puesto que el abogado difumina el riesgo, atendida su experiencia, en una cartera de clientes.

²⁰¹ Posner ha estimado en un 99 por ciento el gasto público transferido en el sistema americano a los contribuyentes.

²⁰² En el caso del arbitraje podría pensarse en la operación inversa: otorgar un subsidio a quienes concurren a él por el monto de la externalidad positiva que generan con su acción, buscando así una producción óptima de este bien. Sin embargo, mientras el Estado siga manteniendo un sistema de justicia público, financiado directamente por él y entregado por funcionarios públicos, puede limitar el subsidio a éste, básicamente para disminuir los costos de administración que implica tal sistema. En ese contexto, la concurrencia de privados al arbitraje tendría un efecto redistributivo sobre el resto de la comunidad, por lo que no sería conveniente abaratarlo.

²⁰³ Suponemos, desde luego, que el sistema produce información fiable dentro de ciertos rasgos que permite apreciar probabilísticamente la posibilidad de triunfo o de fracaso.

Desde luego, existen algunas razones relativamente obvias. La más evidente es que, de esta manera, se evita que el litigante frustrado recurra a mecanismos más baratos; pero socialmente más dañinos y que carecen de efecto público. A esa razón se suma, todavía, el hecho que la posibilidad de litigar forma parte de las titularidades asignadas por el sistema normativo, de manera que sin la posibilidad de obtener un arreglo coercible las titularidades no serían iguales: existirían algunas que deberían desplazarse hacia quienes pueden litigar, conformándose así un fenómeno monopólico socialmente dañino –vgr. una excesiva concentración de la riqueza. Todavía es posible pensar que la imposibilidad ex ante de litigar encarecería los bienes y sus respectivas titularidades aumentando los costos de transacción y provocando una pérdida neta de bienestar. Incluso es posible que a la sociedad le interese la litigación en ciertas materias, vgr. en materia de responsabilidad por productos o medioambientales con intereses difusos o en materia de libertades civiles. En fin, nada impide que, al margen de las precedentes consideraciones, los costos –incluso financiados ex ante por el Estado²⁰⁴– se pongan definitivamente de cargo de quien indiquen algunas de las varias reglas sobre costas.

Si, como va dicho, las tasas permiten que los litigantes paguen por ingresar al sistema - operando así como una barrera que favorece el uso más eficiente del sistema de justicia- ellas nada indican acerca de quien será el que las internalizará en definitiva. Esto último - quien soportará, finalmente, el costo del acceso- es una cuestión que depende del sistema de costas existente. Por lo mismo, al examen de las tasas debe seguirlo el examen de las reglas sobre costas.

Tales reglas cumplen una doble función: inciden en la propensión a litigar y, además, internalizan los costos del litigio (incluidas, como se viene diciendo, las tasas). En otras palabras, cumplen las mismas funciones que el sistema de tasas, aunque en momentos distintos.

Existen, como es sabido, varias reglas para la distribución de los costos de litigar cada una de las cuales posee una cierta incidencia en la propensión al acuerdo extrajudicial de los litigantes (Miceli, 1997, 167). La idea intuitiva que subyace a esta afirmación es que el arreglo extrajudicial es un bien sustitutivo del pleito, de manera que si su precio baja (por encarecerse el pleito) habrá más disposición a recurrir a él.

Se encuentra, en primer lugar, la regla americana, conforme a la cual cada litigante paga sus costos. Suele contraponerse a ella una segunda regla, a saber, la regla inglesa conforme a la cual paga los costos íntegros del litigio quien lo pierde. Existe todavía una tercera regla, a saber, que paga el perdedor a menos que haya tenido motivos plausibles para litigar, en cuyo caso se sigue la regla americana.²⁰⁵ Desde luego, cualquiera de estas reglas puede o no ir acompañada de una regla de cobro de tasas. Si no va acompañada de una regla de cobro de tasas, y se incluyen todos los costos de litigar, se producirá una divergencia entre costos privados y sociales que perjudicará, esta vez, al litigante, desincentivándolo a litigar por debajo del óptimo. Como es sabido la correlación entre propensión a litigar y costes de hacerlo es inversamente proporcional. Por lo mismo, una reducción en los costes del litigio, podría, paradójicamente, incrementarlos por la vía de aumentar la tasa de litigación (Posner, 1998b, 622).

²⁰⁴ Un principio como ese –verdadero sistema de crédito- se encuentra en el proyecto de ley sobre defensa penal pública en Chile.

²⁰⁵ Cada una de esas reglas puede combinarse con la regla de honorarios contingentes (cuota litis) que aumenta la convergencia de intereses entre cliente y abogado y con la regla del artículo 68 de la Rules of Civil Procedure que obliga al demandante a pagar al demandado los costos de litigar si la sentencia es menor que la oferta rechazada, lo que obviamente encarece el rechazo a un acuerdo.

Se ha discutido frecuentemente si es mejor la regla americana que la inglesa. Su valoración depende de los resultados esperados. La regla inglesa, por ejemplo, según la cual quien pierde paga, puede ser vista como una regla que aumenta la propensión a litigar al aumentar las cantidades en disputa (puesto que agrega al resultado originariamente esperado, las costas del litigio) y al establecer un subsidio esperado a la litigación. Se ha concluido, por eso, que este tipo de regla favorece la litigación, aún pequeña, pero con fundamento, y desincentiva la litigación frívola u oportunista (Santos, 1993, 140). La regla americana, por su parte, según la cual, como va dicho, cada parte paga sus costas, disminuye la cantidad en disputa; pero no parece desincentivar la litigación frívola.

El problema de las costas, y de la manera de asignarlas no puede ser analizado sin considerar el principal costo de litigar (y, por lo mismo, el principal costo a asignar mediante las reglas de costas): el precio de los abogados. El precio de los servicios del abogado puede hacerse depender o no del resultado. Cuando no depende del resultado, los intereses del abogado y del cliente pueden diverger; los problemas de agencia inevitablemente pueden acentuarse; y el abogado carece de incentivos para moderar la propensión a litigar de su cliente. Por lo mismo, desde el punto de vista económico lleva ventaja el sistema de la cuota litis, es decir, cuando los honorarios se traducen en un porcentaje de las resultas eventuales del juicio.

La cuota litis favorece la litigación de quienes teniendo razones para concurrir al tribunal, carecen de recursos para invertir en ello. El abogado opera, entonces, como un asegurador que, por su destreza y conocimiento profesional, fracciona el riesgo. Si bien la cuota litis puede aumentar la litigación, favorecen el acceso al sistema de justicia de quienes no tienen recursos para invertir en ello y aumentan la convergencia de intereses entre el abogado y su cliente (corrigiendo así los problemas de agencia que pueden presentarse por las asimetrías de información existentes).

En el caso de Chile, no existen tasas (de manera que existe un amplio subsidio a la litigación) y la regla de distribución de costos es la regla inglesa alterada. En efecto, debe pagar las costas el que pierde, a menos que haya tenido motivos plausibles para litigar. Por cierto, la expresión "motivo plausible" puede ser interpretada como una regla de racionalidad bajo condición de neutralidad al riesgo y ausencia de comportamiento estratégico; carecemos de estudios que nos indiquen cómo se ha interpretado en nuestro medio. Sin embargo, la percepción generalizada es que los jueces, cuando condenan en costas, lo que solo ocurre cuando una parte resulta enteramente vencida, las fijan en cifras muy inferiores a las reales. Así, las costas de litigar bajo esa regla se ven disminuidas y no alcanzan el costo real, con lo cual la regla operaría más cercana a la regla americana que a la inglesa. En efecto, la asistencia de abogado en Chile (sin duda el ítem más costoso de la litigación²⁰⁶) posee un valor que se ajusta libremente por las partes²⁰⁷ y las costas no reflejan el costo alternativo del tiempo empleado en litigar. Si a todo ello se suma la no existencia de tasas y la frecuente divergencia de intereses entre el abogado y el cliente (en los casos que no se pacta cuota litis o los pactos son defectuosos), entonces el resultado parece obvio: nuestro sistema estructura un entorno de incentivos que estimula la litigación por sobre el óptimo. En otras palabras, en nuestra práctica legal no sólo se subsidia la litigación más allá de lo que sería económicamente óptimo, sino que, además, se estimula el litigio por sobre los niveles que sería socialmente deseable.

²⁰⁶ Aunque es probable que ese costo tienda a la baja si persiste el aumento en el número de abogados.

²⁰⁷ Para que opere como regla de disuasión o de internalización de costos, es necesario que el costo de abogado sea un costo real y no un costo promedio.

Si lo anterior es correcto, entonces parece necesario instituir un arreglo de tasas y de costos del litigio que favorezca una decisión racional de litigar y que internalice los costos de hacerlo. Ello supondría, en principio –y supuesta una alta propensión al litigio- la aplicación de la regla inglesa bajo costos reales, acompañada de la aplicación de tasas y de un amplio estímulo a la cuota litis²⁰⁸; todo ello descontando, claro está, la existencia de un mercado libre de servicios jurídicos que admita una amplia fijación de precios, publicidad de los servicios ofrecidos y pocas barreras de entrada a la profesión o, cuando menos, barreras descentralizadas, difíciles de manipular por quienes ya se han incorporado al mercado.

²⁰⁸

Allí es necesario discutir: si sólo se aplicará a litigios con beneficios monetarios directos.

ANEXO

LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN CHILE

En el presente anexo haremos una somera exposición sobre la organización y funcionamiento de los sistemas de resolución de conflictos y, en especial, del Poder Judicial chileno. Con ello pretendemos entregar una cierta base común a todos nuestros lectores, entendiendo que muchos de ellos pueden tener una formación distinta a la jurídica o simplemente desconocer las particularidades del sistema judicial chileno. Desde ya señalamos entonces, que el lector especializado bien puede prescindir del presente apartado.

Por regla general, la resolución de los conflictos que el Estado asume por reconocerles relevancia jurídica, se realiza a través del Poder Judicial. Dos razones justifican la existencia de este Poder separado de los restantes y con independencia en su actuar. La primera apunta a la necesaria especialidad que debe haber para una función técnica, como lo es la de juzgar. La segunda, más relevante, señala que, en un estado de derecho, el mismo Estado (o, más precisamente, los poderes Ejecutivo y Legislativo que lo integran), pueden ser parte o tener interés en ciertos litigios, por lo que se necesita de un órgano con la autonomía suficiente para que pueda juzgarlos con imparcialidad.

Como se ve, no es más que otra forma de ver la tradicional teoría de la separación de poderes. Pero, para entender correctamente esta teoría debe apreciarse que ella no apunta a crear espacios absolutamente diferenciados entre los poderes del Estado, pues existen una serie de intersecciones entre ellos que son precisamente las que permiten un adecuado control recíproco de todos ellos, en lo que se ha dado en llamar un sistema de “pesos y contrapesos”. Así, por ejemplo, al Poder Judicial le corresponden ciertas facultades en el orden normativo, ya sea dictando ciertas disposiciones, interviniendo en el proceso de tramitación de las leyes que le afecten, o declarando la inaplicabilidad de aquellas normas que, a su juicio, contravienen la Constitución. El Poder Legislativo tiene la facultad de juzgar a los miembros de los tribunales superiores de justicia por “notable abandono de sus deberes”, sin perjuicio de su enorme intervención en la forma como resuelven los jueces a través de la generación de las leyes a las que deben ajustarse las sentencias. Finalmente, el Presidente de la República interviene en la designación de todos los Jueces de la República.

Que el Poder Judicial sea el arreglo institucional al que por excelencia acude el Estado para resolver conflictos no significa que no hayan materias en que agencias propiamente administrativas detentan potestades jurisdiccionales y que existan tribunales especiales con autonomía frente al Poder Judicial.

A continuación procederemos a hacer una breve descripción de la forma como se organiza y opera el Poder Judicial, las demás agencias estatales dedicadas a la resolución de conflictos y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

1. Organización y funciones del Poder Judicial

El Poder Judicial, como su nombre lo indica, es uno de los tres poderes en que se divide el Estado chileno y como tal se encuentra regulado en un capítulo especial de la Constitución Política.

La Constitución establece que "La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos en la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos". Más adelante la Constitución establece

el principio de la inexcusabilidad que obliga a los tribunales a resolver todos los asuntos que se les presenten aún no habiendo ley que regule la cuestión.

La inexcusabilidad, en otras palabras, constituye una oferta que el Estado hace a todos los ciudadanos en el sentido que se compromete a resolverles todos los problemas de relevancia jurídica que les aquejen, a través de los órganos y procedimientos del Poder Judicial. Tal declaración sólo sería comparable a que el mismo Estado ofreciera resolver todos los problemas de salud de los ciudadanos o brindarles, sin restricciones, educación. En todo caso, la norma constitucional citada sirve para ejemplificar un problema que traspasa todas las políticas públicas en el área de la justicia: aspectos que debieran ser el objeto de tales políticas son elevados al nivel de principios, con lo cual se restringe la posibilidad de tomar en torno a ellos decisiones de mérito y oportunidad, rigidizando enormemente la gestión del sector.

La regulación orgánica de los tribunales se encuentra principalmente en el Código Orgánico de Tribunales y en su legislación complementaria. Los procedimientos que aplica en la tramitación de los juicios se encuentran regulados principalmente en Códigos, siendo los más importantes los de Procedimiento Civil y Penal, sin perjuicio de existir una gran cantidad de legislación no codificada sobre temas específicos.

Los Tribunales de Justicia están estructurados en cuatro niveles: el superior jerárquicamente es la Corte Suprema, de quien dependen las Cortes de Apelaciones. De las Cortes de Apelaciones dependen, a su vez, los Juzgados de Letras y, de un modo especial, los Juzgados de Policía Local.

En teoría, esta estructura jerárquica debiera presentar características muy peculiares. Así, el "poder" del Poder Judicial debiera encontrarse desperdigado en todos y cada uno de los jueces que lo componen. No lo poseería, como sucede en el común en las organizaciones, la cúspide de la institución, de manera tal que el resto de sus integrantes obraran por delegación de ella. De tal forma, un Juez de primera instancia debe poseer tanto poder - y por lo tanto ser tan autónomo - como un integrante de la segunda instancia o de la Corte Suprema, poder que no lo recibiría de su superior, sino directamente de la Constitución y las leyes.

En este esquema, la jerarquía en el Poder Judicial tiene dos finalidades distintas. En lo que dice relación con la función propiamente jurisdiccional, obra como elemento discriminador para determinar quien es competente para conocer cada clase de asuntos y, fundamentalmente, señala quien tiene la función de revisar el trabajo de quien. Debe tenerse presente, eso sí, que tal revisión, como se señalaba anteriormente, no debiera implicar coacción alguna a la libertad que tiene cada juez para fallar conforme a su personal criterio, incluso si éste es distinto al de su superior. Así, un tribunal de apelación puede cambiar lo fallado por uno de primera instancia, pero no podría "instruirle" a éste cómo debe fallar en un caso determinado. A esto es a lo que se alude bajo la denominación de *independencia interna* de los jueces, que es tan importante como la externa.

Por otra parte, la jerarquía sí opera plenamente en las cuestiones propiamente administrativas del servicio y en la carrera de sus integrantes. En estos temas los tribunales superiores cuentan con facultades para intervenir directamente sobre los inferiores.²⁰⁹ Pero, en la práctica, como veremos más adelante, facultades administrativas y jurisdiccionales tienden a mezclarse.

²⁰⁹ En ciertos sistemas judiciales la carrera de sus integrantes escapa a la jerarquía interna. En algunos, la carrera de los jueces es administrada en forma externa al Poder Judicial. En otros, como en España, la jerarquía de los jueces se desvincula de la instancia donde se desempeña, pudiendo darse que de dos jueces de igual jerarquía uno se desempeñe en primera instancia y otro en un tribunal de apelación.

Tras esta peculiar estructura está la concepción de que la mayor garantía para el ciudadano es un Poder Judicial atomizado, en que cada juez no se vea obligado a fallar con ningún criterio distinto a la ley, los hechos del caso y su particular valoración de los mismos.²¹⁰ Ello explica también el efecto relativo de las sentencias judiciales, las cuales sólo alcanzan, en nuestro sistema jurídico, al caso particular en que se han dictado, sin sentar jurisprudencia que deba seguirse obligatoriamente en casos análogos. Como se comprenderá, esta concepción emana de una cierta desconfianza frente a los jueces, a los cuales no se les quiere ver competir con el legislador, único a quien se le reconoce la facultad de crear normas de derecho de carácter general.

El sistema así estructurado es propio de los países que siguen la matriz jurídica de la Europa continental y es distinto del sistema anglosajón. En este último el Poder Judicial tiene el poder para crear derecho en forma general, a través de los llamados “precedentes” judiciales, los cuales obligan a los propios jueces. Esta facultad, unida al amplio poder de revisión constitucional que tienen los jueces y a las particularidades de la carrera judicial, explican la mayor relevancia que alcanza el Poder Judicial en los países del Comon Law.

Sin embargo, se hace necesario señalar que la estructura jerárquica de nuestros tribunales es mucho más acentuada en la práctica que lo que la teoría antes descrita indica. La influencia de los superiores sobre los inferiores no se limita exclusivamente a lo administrativo sino que comúnmente alcanza a lo propiamente jurisdiccional. Es posible sostener que ciertas facultades administrativas y, fundamentalmente, la incidencia en la carrera de los funcionarios, coloca a los superiores en situación de poder imponer sus puntos de vista y de reclamar ciertos grados de lealtad.²¹¹

El Poder Judicial está conformado, al año 1998, por un total de 4.881 funcionarios. Integran el escalafón primario, que fundamentalmente agrupa a los jueces y ministros de Corte, la cantidad de 1.035 personas. El escalafón de empleados judiciales está formado por 3.598 funcionarios.²¹²

El estatuto del personal del Poder Judicial, especialmente el de los jueces, presenta particularidades que lo diferencian notablemente de otras organizaciones.²¹³ Al ser el Poder Judicial una organización que adopta decisiones que eventualmente pueden tener alcances políticos, se exige que sus integrantes deban poseer algún tipo de legitimidad democrática en su selección, razón por la cual tienen intervención en ella los representantes directos de la ciudadanía.²¹⁴

Por otra parte, el carácter independiente del Poder Judicial lleva a que los mecanismos de designación, promoción, evaluación y control disciplinario a que deben someterse los jueces se encuentren regulados en la Constitución y las leyes, en forma por lo demás muy estricta, lo que redundaría en que la gestión del recurso humano posea márgenes de flexibilidad aún inferiores a los ya reducidos que tiene en general en la administración pública.

²¹⁰ Algunos postulan la inexistencia de un Poder Judicial concebido como una institución, sustituyéndolo por un conjunto de órganos completamente independientes entre sí, estimándose que ello es la única vía para tener jueces realmente independientes (Xiol, 1994)

²¹¹ Ver Vargas, 1999.

²¹² El resto son auxiliares profesionales con un estatuto especial, como los asistentes sociales judiciales.

²¹³ Ver Vargas, 1998.

²¹⁴ Ello obliga en este sector a hacer un esfuerzo adicional de acercamiento de los criterios “técnicos” de manejo del personal con los “políticos” que, es fácil presumir, generalmente no son coincidentes. Siempre se corre el riesgo de estructurar una organización demasiado autorreferente, si sus relaciones con la cosa pública son leves, o demasiado politizada si éstas son intensas.

Otro aspecto relevante es que los tribunales constituyen una organización de aquellas que los expertos en gestión denominan “de profesionales”. En éstas, en términos de organización privada, los trabajadores de la empresa, quienes elaboran el producto que se entrega al mercado, son técnicos altamente calificados. De tal forma que se requiere, a su vez, de esa misma legitimidad técnica para opinar sobre los procesos y actuar sobre la carrera de tales funcionarios. Esto, como se entiende, implica desafíos enormes para el gerenciamiento de tales organizaciones. La vertiente productiva de ellas no puede ser concebida como mera ejecutora de las decisiones asumidas por un nivel gerencial; nivel a su vez formado por administradores profesionales.

Para dirigir este tipo de instituciones debiera buscarse combinar a representantes de la vertiente técnica con los gestores. Algo análogo es lo que sucede, por ejemplo, en los hospitales, en donde comúnmente se establecen dirigencias mixtas entre gerentes y médicos, con la particularidad que los primeros no pueden entrometerse en el trabajo técnico que realiza cada doctor con sus pacientes, siendo tal misión reservada a los mismos pares, especialmente aquellos que acceden a posiciones de dirección.

Algo similar es lo que debiera suceder en los Tribunales, en donde la cabeza directiva de la institución no debiera estar en manos de gerentes, sino de jueces. La estructura administrativa con que debiera contar la institución funcionaría en forma paralela al poder técnico que detentan los jueces y, lo que es más importante, en función de sus necesidades y de las definiciones de política que estos últimos hagan. En todo caso, el problema actual de los tribunales chilenos no es que se produzca una intromisión en la labor jurisdiccional de los administradores, sino a la inversa pues, como se verá con mayor detención más adelante, son los mismos jueces quienes asumen la gran mayoría de las responsabilidades administrativas en la institución.

A continuación procederemos a hacer una breve descripción de cada uno de los órganos que integran nuestro Poder Judicial. La descripción se limitará a la forma cómo se organizan y a las funciones que las leyes les asignan. La forma específica cómo cumplen con tales mandatos legales será parte del análisis que se hará en los capítulos posteriores.

1.1 La Corte Suprema

Es la cabeza del Poder Judicial y en tal calidad le corresponde la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los Tribunales de la República.

La Corte Suprema está compuesta de 21²¹⁵ miembros, que son designados en tales cargos por tiempo indefinido, hasta que cumplan los 75 años de edad. La Constitución dispone que de ellos cinco, necesariamente, deben provenir de fuera de la carrera judicial.²¹⁶

En la designación de los ministros interviene la misma Corte, a través de la elaboración de una lista de cinco postulantes, dentro de la cual debe elegir un candidato el Presidente de la República, el cual debe ser ratificado por el Senado por las 2/3 de sus integrantes.²¹⁷

La Corte igualmente cuenta con un cuerpo de abogados integrantes destinados a suplir las ausencias de los ministros.

Se trata de un tribunal colegiado, organizado en salas integradas por cinco ministros cada una, las cuales deben adoptar sus decisiones, por lo general, por mayoría de votos.²¹⁸

²¹⁵ Tal integración es fruto de una reciente modificación del año 1997 a la Constitución. Anteriormente sus integrantes eran 17.

²¹⁶ La posibilidad de incorporar estos abogados externos fue la principal motivación de la reforma constitucional antes mencionada.

²¹⁷ Este sistema también es fruto de la misma reforma constitucional. Anteriormente no intervenía en la designación el Senado.

Existe una sala para conocer de los asuntos civiles, otra para los criminales, otra para las materias constitucionales y una de asuntos varios.

Le corresponden las siguientes funciones:

a) Funciones Jurisdiccionales. En única instancia le corresponde el conocimiento y fallo de los recursos de casación en la forma y en el fondo. El recurso de casación en la forma persigue la invalidación de un procedimiento judicial en el cual se han incurrido en vicios que acarrearán su nulidad, tales como la omisión de un trámite considerado esencial.

Por su parte, el recurso de casación en el fondo tiene por finalidad sentar la correcta interpretación y alcance del derecho.²¹⁹ Persigue así lograr una jurisprudencia uniforme entre los tribunales de la república, aún cuando sus alcances directos se limitan solamente a la causa en que se dicta. Tal afán de uniformidad explica que sólo tenga competencia para conocer de él la Corte Suprema y el que ésta se haya organizado en salas especializadas lo que debiera impedir, en principio, se dictaran fallos contradictorios en asuntos análogos. Ratifica el interés general en este recurso, que excede al de las partes en el juicio, la facultad que se le da a la Corte para casar de oficio una resolución, es decir, por propia iniciativa y sin que ninguna de las partes en el juicio se lo haya solicitado.

La importancia que se le asigna a este recurso explica que las revistas de recopilación jurisprudencial le den siempre un espacio calificado.

Además, la Corte Suprema ejerce la jurisdicción constitucional represiva,²²⁰ a través del conocimiento y fallo del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Este persigue que se declare inconstitucional un precepto legal determinado y que no pueda, por ende, utilizarse en la resolución de un asunto sometido al conocimiento de los tribunales. Sus alcances son limitados, pues sólo puede interponerse para invalidar un precepto cuando hay un asunto en tramitación en un tribunal donde se lo pueda aplicar y porque los alcances de lo que se resuelva sólo se limitan a ese asunto.²²¹

También conoce la Corte Suprema del recurso de revisión, por el cual se permite excepcionalmente modificar una sentencia firme cuando haya habido un grave vicio en su dictación, tal como la prevaricación del juez.

Funciona, además, como tribunal de segunda instancia en aquellas causas en que las Cortes de Apelaciones operan como tribunales de primera. Entre ellas, las más relevantes son las relativas a las acciones para hacer valer los derechos esenciales de las personas que la constitución consagra. Se trata de los recursos de protección y amparo.

b) Funciones no jurisdiccionales. Las funciones no jurisdiccionales que detenta la Corte Suprema, conforme a la ley, son fundamentalmente de tres tipos: administrativas, económicas y disciplinarias.

²¹⁸ Cada sala actúa como un tribunal independiente y sus fallos representan a la Corte Suprema en su totalidad. Ciertas materias deben ser resueltas en pleno, como el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, la aplicación de medidas disciplinarias y, en general, las cuestiones de índole administrativa.

²¹⁹ Para reforzar tal carácter a la Corte le está vedado entrar a conocer de los hechos del juicio a propósito del recurso y, en caso de acogerlo, la nueva sentencia debe ser dictada por otro tribunal.

²²⁰ Se la diferencia así del control constitucional preventivo que realiza el Tribunal Constitucional durante la tramitación de las leyes, en forma obligatoria tratándose de Leyes Orgánicas Constitucionales y a requerimiento en las restantes. Para zanjar eventuales conflictos que pudieran suscitarse entre ambos tribunales la constitución establece que declarado constitucional un precepto por el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema no lo puede invalidar posteriormente por idéntico motivo.

²²¹ En repetidas ocasiones se ha propuesto, pero no ha fructificado, que tres fallos idénticos sienten jurisprudencia definitiva sobre la materia.

Las facultades administrativas dicen relación con la gestión de este poder del Estado y son ejercidas directamente y a través de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, que es el brazo administrativo de la Corte Suprema.

Las facultades económicas están destinadas a facilitar el funcionamiento del Poder Judicial y se traducen en la dictación de normas, llamadas Auto Acordados. Estas normas no sólo obligan a los miembros del Poder Judicial, sino también a terceros, llegando a regular materias tan significativas como la tramitación y fallo de los recursos constitucionales de amparo y protección.

Las facultades disciplinarias, conforme a las cuales la Corte Suprema puede sancionar a los jueces y empleados del Poder Judicial y calificarlos anualmente. De estas facultades emana el recurso de queja, el que permite, de haber habido falta o abuso en la dictación de una resolución, invalidar la misma y dictar una de reemplazo.²²²

c) Funciones anexas. Los ministros de la Corte Suprema deben cumplir otras funciones que la Constitución o leyes especiales les han encomendado. Entre ellas, tres ministros deben integrar el Tribunal Constitucional; tres deben integrar el Tribunal Calificador de Elecciones²²³; uno la Comisión Resolutiva que interviene en asuntos de libre competencia; uno el Consejo de la Editorial Jurídica, cuatro ministros integran el Consejo de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, el Presidente de la Corte Suprema debe integrar el Consejo de Seguridad Nacional. Además, la Corte Suprema interviene en la designación de tres Senadores que de acuerdo a nuestra Constitución no son electos popularmente, dos de los cuales deben ser ex de sus miembros.

1.2 Las Cortes de Apelaciones

Las cortes de apelaciones constituyen el segundo nivel en la estructura jerárquica del Poder Judicial. Sobre ellas está la Corte Suprema, y de ellas dependen los jueces letrados de sus respectivos territorios jurisdiccionales. Se trata de tribunales colegiados, formados por salas no especializadas, cada una de las cuales tiene tres integrantes.

En Chile existen 17 cortes de apelaciones. El número de sus integrantes varía desde 3 hasta 25, suma a la cual debe agregársele la de los Abogados Integrantes, que oscila entre 3 y 15 por Corte.

Las siguientes son las funciones que competen a estos tribunales:

a) Funciones Jurisdiccionales

Su principal competencia en primera instancia se refiere al conocimiento de los recursos de amparo y protección. El recurso de amparo es la primera acción que se estableció en nuestro ordenamiento jurídico, en la Constitución de 1925, para reclamar directamente el respeto de ciertos derechos garantizados en la Constitución. Con el se persigue evitar una privación ilegítima de la libertad individual. Su antecedente en el derecho comparado es el habeas corpus que, como su nombre lo indica, tiene por finalidad la exhibición del cuerpo de una persona privada de libertad. El recurso de amparo carece de formalidades en su

²²² En varias de las últimas reformas judiciales se ha intentado limitar los alcances de la queja pues, como se verá más adelante, ella ha venido a suplantar a los recursos propios de la Corte, fundamentalmente a la casación. Por ello se dispuso que sólo pudiese recurrirse de queja ante resoluciones inapelables y que, en el caso de ser acogida, debía necesariamente imponerse una sanción disciplinaria al juez infractor, cosa que antes no se hacía. En un principio la Corte Suprema interpretó que tal exigencia de sancionar, consagrada en la Ley, restringía sus facultades constitucionales, por lo que siguió acogiendo quejas sin sancionar. Por ello el Parlamento decidió robustecer la medida e introdujo al efecto una reforma a la Constitución.

²²³ La Constitución permite que sean ex ministros.

interposición, lo puede iniciar cualquier persona aunque no sea la afectada, se tramita con un procedimiento breve y expedito e, incluso, puede deducirse contra resoluciones judiciales.²²⁴

El recurso de protección, consagrado en el Acta Constitucional N° 3 de 1976 y luego en la Constitución de 1980, vino a ampliar los derechos constitucionales que se encuentran protegidos por una acción desformalizada y simple a prácticamente la totalidad de los derechos individuales que recoge el texto de la Constitución, exceptuando los de carácter económico, social y cultural. Este recurso debe interponerse con o sin asistencia letrada dentro de los 15 días siguientes a la perpetración de un acto que amenace, perturbe o prive el legítimo ejercicio de uno de dichos derechos de forma arbitraria o ilegal. Puede deducirse tanto en contra de autoridades públicas como de particulares. Su difusión ha ido en constante aumento con el tiempo alcanzando, como se verá más adelante, gran incidencia en el trabajo que hoy realizan las Cortes de Apelaciones.²²⁵ Es más, la protección hoy juega un rol social no previsto originalmente. Es común que se deduzcan recursos de esta naturaleza con el fin de resaltar un hecho ante la opinión pública, más que buscando algún tipo de resolución judicial específica.

En segunda instancia, la cual constituye su competencia por excelencia, conocen las causas civiles y criminales, así como las no contenciosas que hayan resuelto en primera instancia los Jueces de Letras de su jurisdicción. Paralelamente, conocen de las consultas, que son la revisión obligada que hacen las Cortes, sin mediar voluntad de parte, de las decisiones más importantes adoptadas por los Jueces de Letras en juicios penales de cierta envergadura y en asuntos civiles en que esté comprometido el estado civil de las personas o la hacienda pública.

Excepcionalmente ministros de Corte de Apelaciones asumen el conocimiento de ciertas causas criminales de primera instancia, bajo la denominación de “ministros en visita”.

b) Funciones no jurisdiccionales.

Facultades económicas. Las cortes de apelaciones cuentan, dentro de su territorio jurisdiccional, con similares facultades en esta materia que las que la Corte Suprema detenta sobre todo el territorio nacional, las que se traducen, como se dijo, en la dictación de Autos Acordados.

Facultades disciplinarias. Corresponde a las Cortes de Apelaciones mantener la disciplina judicial en todo el territorio de su respectiva jurisdicción. Igualmente, conocen de las quejas y recursos de queja interpuestos contra Jueces de Letras.

²²⁴ En este caso no puede haberse deducido otro recurso en contra la resolución.

²²⁵ El aumento de este recurso ha afectado también a la Corte Suprema, quien conoce de las apelaciones que se deduzcan frente a los fallos que en ellos adoptan las Cortes de Apelaciones. Recientemente la Corte Suprema dictó un Auto Acordado con la finalidad de restringir tales apelaciones en los casos en que el recurso fue declarado inadmisibles en primera instancia. Antes había reducido la posibilidad de que en ellas los abogados expresaran sus argumentos mediante alegatos. Estas modificaciones han motivado una viva controversia en la materia.

1.3 Los Juzgados de Letras

Bajo la supervigilancia de las cortes de apelaciones se encuentran los Juzgados de Letras. Estos son juzgados unipersonales y de primera instancia.

Están compuestos por un juez letrado y un secretario²²⁶ y un número variable de funcionarios. Al año 1997 eran 351 los que se encontraban funcionando a lo largo del país. Tienen habitualmente jurisdicción común (esto es, conocen todo tipo de asuntos), pero en algunos centros urbanos se han creado juzgados especializados en materias penales, civiles, de menores y del trabajo, distribuyéndose como se indica en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 35
Distribución de Juzgados de Letras por competencia. Año 1997

Competencia	Número	Porcentaje
Civil	49	14%
Penal	65	18%
Laboral	20	6%
Menores	46	13%
Común	181	50%
TOTAL	351	100%

Les corresponden las siguientes funciones:

- a) Funciones jurisdiccionales: Los Juzgados de Letras, son competentes para conocer de la generalidad de los asuntos en primera instancia. Sólo por excepción, como decíamos, hay tribunales que tienen jurisdicción exclusivamente penal, civil, de menores o del trabajo.
- b) Funciones administrativas y disciplinarias: Los Jueces de Letras ejercen potestad disciplinaria dentro de su despacho. Respecto de sus funcionarios subalternos o auxiliares, les corresponde calificarlos directamente o informar para su calificación. Igualmente les corresponde llevar la marcha administrativa del tribunal.

2. Funcionamiento del sistema judicial

En términos muy simples y generales, es posible describir la forma como los tribunales conocen y resuelven los litigios de la siguiente manera: El sistema se pone en funcionamiento en forma distinta si se trata de un litigio criminal o de otra índole. En el primer caso, generalmente se inicia por una denuncia que formula ya sea un particular o la policía.²²⁷ El tribunal ante el cual debe ser presentada se encuentra determinado en la ley en función del lugar donde se cometió el delito. En los casos en que un mismo territorio es cubierto por más de un juzgado, existe un sistema de turnos entre ellos de manera tal que siempre es uno el competente, impidiéndoseles a las partes escoger el tribunal al que tienen que acceder. Es más, una de las garantías consideradas esenciales para el juzgamiento penal es la llamada del "juez natural", conforme a la cual el tribunal competente para juzgar a

²²⁶ La enorme mayoría de los secretarios de tribunales son también letrados. La poca relevancia de sus funciones actuales, básicamente son ministros de fe que autorizan resoluciones, ha hecho postular su conversión en jueces.

²²⁷ Las causas penales, por lo general, también pueden comenzar de oficio o mediante una querrela interpuesta por el afectado, que no es más que una denuncia con formalidades adicionales que le permiten a quien la interpone figurar posteriormente como parte en el proceso.

una persona debe preexistir a la comisión del delito, con lo que se persigue impedir el juzgamiento por tribunales ad hoc.

En las materias no criminales las causas se inician por demanda del interesado. Esta debe presentarse directamente ante el tribunal competente para conocer de ella, el cual está determinado por la ley.²²⁸ Cuando hay una pluralidad de tribunales en un mismo territorio se establecen sistemas de turnos o de distribución aleatoria de causas entre ellos, tal como sucede, por ejemplo, en Santiago. Nuevamente, la idea es que no sean las partes las que puedan elegir el juez que conocerá el asunto, a la par que lograr un reparto equitativo de la carga de trabajo entre los distintos tribunales.

Por regla general, las partes que comparecen ante un tribunal deben hacerlo representadas por un abogado. Se estima que ello asegura una correcta defensa de sus derechos en juicio. Excepcionalmente, en materias laborales y de menores se permite que lo hagan personalmente. No existe en Chile regulación legal de los honorarios de abogados, los que quedan entregados al pacto entre profesional y cliente. Este pacto suele revestir dos modalidades, una suma a todo evento o la llamada “cuota litis”, conforme a la cual el abogado recibe un porcentaje de las resultas del juicio. También pueden pactarse sistemas mixtos. Igualmente, por regla general, la parte que pierde un juicio debe ser condenada a pagar los costos del mismo, a menos que el juez estime que haya tenido motivos plausibles para litigar. De darse esta situación, son los mismos jueces los que deben fijar el monto a pagar a la contraparte por los diversos conceptos involucrados, entre ellos los honorarios de los abogados.²²⁹

Los servicios judiciales son, en principio, gratuitos. Ello significa que no debe pagarse tasas por interponer las acciones, siendo los costos de los funcionarios que intervienen, además de la infraestructura y de los gastos de operación de los tribunales, de cargo del fisco. Sin embargo, las partes sí deben pagar por ciertos servicios anexos que son determinantes para el avance de un litigio, como los costos de las notificaciones que hacen los receptores. Es común también que deban pagarse pequeñas sumas a funcionarios judiciales por la realización de ciertas diligencias, como la confección de oficios. Las personas pobres que deseen liberarse de los pagos por concepto de receptores o notarios deben solicitar el llamado “privilegio de pobreza”, el que se tramita ante los mismos tribunales. Las personas que son defendidas por los servicios de atención gratuita, que básicamente están constituidos por las Corporaciones de Asistencia Judicial, obtienen automáticamente este beneficio.²³⁰

La gestión de los despachos judiciales queda entregada, en lo fundamental, a los criterios que fija el respectivo juez. Este es bastante autónomo para determinar la forma cómo va a organizar el trabajo del tribunal y distribuir las tareas entre sus funcionarios. Carecen de facultades en cuanto a la ejecución del gasto. Salvo una pequeña “caja chica”, todas las inversiones y adquisiciones son centralizadas por la Corporación Administrativa del

²²⁸ Por ejemplo, para conocer demandas civiles por lo general es competente el juez del domicilio del deudor.

²²⁹ Un factor distorsionador de los costos del sistema judicial es que la apreciación de los honorarios profesionales que hacen los jueces comúnmente es inferior a lo que éstos efectivamente cobran.

²³⁰ Otros medios para obtener asistencia jurídica gratuita son los “abogados de turno”, pues a estos profesionales se les exige, como carga pública, prestar este servicio, claro que sin ningún sistema de evaluación ni de control que pueda velar por su efectividad y calidad. También es posible acceder a consultorios jurídicos que mantienen universidades, municipalidades y otras instituciones, aunque ellos representan una cobertura menor.

Poder Judicial. Tampoco puede libremente ni nombrar ni evaluar ni remover a su personal, tareas en que intervienen necesariamente sus superiores. Como resultado de este sistema de gestión resaltan la falta de estandarización en los procedimientos administrativos de los diversos tribunales, la duplicación de funciones que sería más eficiente centralizar (tribunales que comparten un mismo edificio tienen cada uno, por ejemplo, su propio mesón de partes) y la ausencia de profesionales de la gestión a cargo de estas tareas.

Un tribunal tipo de primera instancia está integrado por el juez, un secretario y un conjunto variable de funcionarios, que puede oscilar desde 5 en los tribunales más pequeños, hasta 15 en los más grandes, para los cuales no existe ni una descripción precisa de funciones ni perfiles de cargos. La carrera de unos y otros se encuentra muy detalladamente regulada en la ley, privilegiándose en ellas fuertemente el factor antigüedad.

El trabajo judicial puede ser descrito sintéticamente como un proceso de adquisición, procesamiento y transformación de información, tareas todas en las cuales puede brindar gran ayuda la tecnología informática. Sin embargo, el grado de absorción tecnológica de los tribunales es, por lo general, sumamente precario.

Los procedimientos que aplican los tribunales varían según la materia que se trata.²³¹ En general son escritos y altamente formalizados. En ellos se trata de asumir todas las posibles contingencias o eventualidades que puede sufrir una causa en su tramitación, por lo que las normas están pensadas para a las causas más complejas y no para las más simples.²³²

3. Órganos de la administración con facultades jurisdiccionales

No es el Poder Judicial la única institución pública con facultades para resolver conflictos. Dentro de la administración central y municipal existen diversos organismos que en forma más o menos amplia asumen también tales tareas. Algunos de ellos gozan de amplia autonomía frente al Poder Judicial, otros se encuentran más ligados a él, ya sea porque los tribunales ordinarios intervienen en la designación de las personas que obran en ellos como jueces (como sucede en la justicia de policía local) o porque esos mismos tribunales constituyen la instancia de apelación a las resoluciones que dictan las autoridades administrativas. Pero, aún en los casos en que el órgano administrativo sea autónomo, el Poder Judicial igualmente puede terminar incidiendo en sus resoluciones por medio del conocimiento de los recursos extraordinarios de protección y queja.

También los hay con competencia exclusiva para juzgar a funcionarios públicos (como la Contraloría General de la República), o con competencias amplias que abarcan también a particulares (como las superintendencias).

Desde muy antiguo ha habido organismos administrativos con facultades jurisdiccionales en el sistema institucional chileno. Su creación generalmente se ha motivado en una cierta desconfianza respecto a la idoneidad de la justicia ordinaria para resolver problemas con características sociales o económicas particulares. Ejemplo de lo primero es la creación de la justicia laboral en la década de los 40, lo que fue resistido por el propio Poder Judicial hasta lograr absorber dicha jurisdicción (Frühling, 1980). En lo que atañe a los temas económicos, los cambios más significativos son los que acompañaron al proceso de transformaciones económicas habidas durante el régimen militar, pues muchos de los

²³¹ El hecho de que el proceso tecnológico que aplican los tribunales para producir sus servicios se encuentre casi totalmente regulado por la ley implica un alto grado de rigidez para su adecuada gestión.

²³² Esta es una de las diferencias que más alejan al derecho de la gestión moderna: su énfasis más en la excepción que en la norma.

órganos creados luego de las privatizaciones pasaron a tener competencias jurisdiccionales, como es el caso de varias superintendencias. Estas iniciativas no han debido enfrentar similar oposición por parte del Poder Judicial.

A continuación pasaremos breve revista a las competencias y forma de funcionamiento de algunos de los principales de estos tribunales que no integran el Poder Judicial.²³³

3.1 Contraloría General de la República

A la contraloría le corresponde según su Ley Orgánica,²³⁴ examinar las cuentas que debe rendir todo funcionario público, como así mismo toda persona o entidad que reciba, custodie, pague, administre, recaude o invierta, fondos o bienes fiscales, municipales, de la beneficencia, y los demás servicios que determinen las leyes. Si la cuenta no es encontrada conforme, debe ser reparada, iniciándose el Juicio de Cuentas.

En ese momento se da comienzo al Juicio de Cuentas, y en él actúan como partes el funcionario que rinde cuenta, y el Fiscal de la Contraloría General de la República, que actúa representando a la Administración o el interés público. El Subcontralor es el Juez de Primera Instancia. Su fallo es apelable ante el Contralor General de la República.

Contra la Sentencia de Segunda Instancia, sólo procede el recurso de revisión ante el mismo Contralor General.

3.2 Servicio de Impuestos Internos

Al Servicio de Impuestos Internos, conforme lo dispone el Código Tributario le corresponde conocer de las reclamaciones que los contribuyentes formulen respecto a la totalidad o algunas de las partidas o elementos de una liquidación, giro, pago o resolución que incida en el pago de un impuesto o en los elementos que sirvan de base para determinarlo, siempre que invoquen un interés actual comprometido. La autoridad competente para resolver de ellas es el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos. Contra su sentencia procede el recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones respectiva. Sólo contra la sentencia de segunda instancia proceden los recursos de casación de forma y fondo.

3.3 Servicio Nacional de Aduanas

Los Tribunales establecidos en la Ordenanza de Aduanas (DFL N° 30) conocen de las infracciones aduaneras, de las contiendas civiles en la que la Aduana figure como demandante o demandada y de los delitos cuyo conocimiento le encomienda expresamente la Ley.

Tratándose de juicios no penales Intervienen como juzgadores en estos asuntos, las siguientes autoridades:

²³³ Hemos excluido de este recuento a varios órganos de importancia, ya que nuestra intención no era acompañar un informe completo sobre el tema, sino sólo antecedentes ilustrativos. Dentro de los tribunales excluidos hay dos particularmente importantes. Se trata, por una parte, de los tribunales militares cuya enorme importancia en nuestro país se cruza con los problemas centrales de una transición política no concluida. Otro tanto sucede con el tribunal constitucional, el que sin embargo será objeto de análisis –aunque tangencial- cuando observemos a la jurisdicción constitucional en Chile (Vid, Capítulo IV Supra).

²³⁴ Ley N° 10.336, artículo 85

- Los Administradores de Aduanas: En única instancia, cuando la liquidación de las multas o la cuantía del juicio no exceda de 2,5 U.T.M. (Unidades Tributarias Mensuales).²³⁵ En primera instancia, en los mismos juicios cuando la cuantía no exceda de 100 U.T.M.
- El Director Nacional de Aduanas: En segunda instancia de los juicios civiles y causa por infracciones reglamentarias que los Administradores conocen en primera; y en primera instancia de los juicios cuya cuantía exceda de 100 U.T.M.
- Junta General de Aduanas: conocerá en segunda instancia de los juicios que el Director Nacional de Aduanas conoce en primera instancia.
De los delitos de contrabando y fraude conocen las siguientes autoridades:
- Los Administradores de Aduanas, en primera instancia, cuando el valor de las mercaderías no exceda de 50 U.T.M. Conocerá la apelación de la sentencia definitiva la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar que ejerza sus funciones el Administrador respectivo.
- Los Tribunales Ordinarios de Justicia conocerán de los juicios de contrabando y fraude cuando el valor de la mercadería exceda de 50 U.T.M.-

3.4 Comisiones preventivas y resolutive antimonopolio

El Decreto Ley N° 211 de 1973, del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción regula las actividades antimonopólicas, y establece una organización jurisdiccional administrativa a cargo de las Comisiones Preventivas y de la Comisión Resolutiva. Ella debe sancionar los atentados a la libre competencia, tanto de carácter interno como relacionados con el Comercio Exterior. Actúan en la prevención, investigación, corrección y represión de los atentados a la libre competencia o de los abusos en que incurra quien ocupe una situación monopólica, aún cuando no fueren constitutivos de delito, los siguientes organismos y servicios:

- Las Comisiones Preventivas Regionales
- La Comisión Preventiva Central
- La Comisión Resolutiva
- La Fiscalía Nacional Económica

Las atribuciones de las comisiones preventivas son principalmente de consulta, y de observancia de las normas de libre competencia, pudiendo requerir a la Fiscalía la investigación de los actos que pudieran constituir abusos por una situación monopólica.

Las atribuciones de la Comisión Resolutiva pueden llegar hasta modificar o poner término a los actos, contratos o convenios contrarios a la ley; además puede disponer la modificación o disolución de las sociedades o corporaciones y demás personas jurídicas que hubieren intervenido en tales actos, declarar ciertas inhabilidades y multas en beneficio fiscal.

La Comisión Preventiva Central estará integrada por un representante del Ministerio de Economía, un representante del Ministerio de Hacienda, dos profesores universitarios, abogado e ingeniero comercial respectivamente; y un representante de las Juntas de Vecinos.

La Comisión Resolutiva será integrada por: un Ministro de la Corte Suprema, un Jefe de Servicio designado por el Ministro de Economía, un Jefe de Servicio designado por el Ministro de Hacienda, el Decano de una Facultad de Ciencias Jurídicas, y otro de una Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas con sede en Santiago.

²³⁵

1 UTM correspondía al mes de junio de 1999 a \$ 26.100.- o US\$ 53.

Las resoluciones que dicte la Comisión Resolutiva, incluso la sentencia definitiva, no serán susceptibles de recurso alguno, salvo aquellas que dispongan la modificación o disolución de las personas jurídicas, la inhabilidad para ocupar cargos en Colegios Profesionales o instituciones gremiales, y la aplicación de multas. El Recurso de Reclamación por estas causales debe interponerse ante una de la Salas de la Corte Suprema, y también fallará en conciencia, previa vista del Fiscal.

3.5 Municipalidades

La Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades²³⁶ establece que cualquier particular puede reclamar ante el Alcalde contra sus resoluciones u omisiones o las de los funcionarios que estime ilegales. Si éste es rechazado, se puede reclamar ante la Corte de Apelaciones respectiva.

3.6 Departamento de Propiedad Industrial

Conforme lo dispuesto en la Ley N° 19.039, le corresponde a este Departamento velar por la protección de los privilegios industriales y de los derechos de propiedad industrial. Los referidos privilegios comprenden las marcas comerciales, las patentes de invención, los modelos de utilidad, los diseños industriales, y otros títulos de protección que la ley pueda establecer. Para ello, cualquier interesado debe presentar una solicitud para el otorgamiento de los títulos y demás servicios relativos a la propiedad industrial. Aceptada la solicitud, cualquier persona podrá formular ante, oposición dentro del plazo de 30 días, o 60 días si se trata de una solicitud de patente de invención. Quien conoce de los juicios de oposición es el Jefe de Departamento de Propiedad Industrial. En contra de las resoluciones definitivas dictadas por el Jefe del Departamento, procederá el Recurso de Apelación ante el Tribunal Arbitral de Propiedad Industrial, integrado por 3 miembros, uno designado por el Ministro de Economía, otro propuesto por el Presidente del Consejo de Defensa del Estado, y el tercero elegido de una terna que presentada la Corte de Apelaciones de Santiago.

3.7 Superintendencia de ISAPRES

Corresponde al Superintendente de Isapres resolver en calidad de árbitro arbitrador las controversias que surjan entre las ISAPRES y sus afiliados o beneficiarios.²³⁷ Adicionalmente, existe una “Comisión Consultiva de Resolución de Controversias y Reclamos”, que funciona como organismo asesor. Si el fallo del Superintendente no satisface a alguna de las partes, ésta puede optar por recurrir a los Tribunales Ordinarios de Justicia, donde se aplica un procedimiento sumario, o interponer una reclamación ante la Corte de Apelaciones respectiva.

3.8 Juzgados de Policía Local

Hemos dejado para el final los Juzgados de Policía Local, que si bien se encuentran insertos en la estructura de los respectivos municipios están muy unidos a los tribunales ordinarios de justicia. Funcionalmente ellos dependen de las Cortes de Apelaciones, las cuales intervienen en las designaciones de los jueces, ejercen potestad disciplinaria sobre éstos y revisan sus actuaciones jurisdiccionales.

Al igual que los Juzgados de Letras, se componen de un juez, un secretario y un cuerpo de funcionarios, que en este caso pertenecen a la planta de la Municipalidad. Existen

²³⁶ Título Final artículo 136 y siguientes Decreto Supremo N° 662, que fija el texto refundido de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

²³⁷ Ley N° 18.933 artículo 3 N° 5. Circular N° 7, 13 Superintendencia de Isapres

en todas las Municipalidades del país, en algunas de ellas el cargo de juez es ejercido por el Alcalde respectivo y, en otras, por un abogado, dependiendo de la importancia de la Comuna. Las competencias de los jueces letrados son significativamente mayores a la de los legos, que por lo demás se encuentran en un proceso de franca extinción.

Los Juzgados de Policía Local tienen básicamente competencia infraccional para conocer problemas de carácter menor. Con el tiempo se le han ido agregando competencias específicas por diversas leyes. En la actualidad su mayor carga de trabajo está dada por asuntos del tránsito y en problemas que afectan a los consumidores. Los asuntos del tránsito corresponden a las infracciones que la Policía cursa a los conductores y también a los juicios que surgen a raíz de accidentes del tránsito. En lo que dice relación a problemas relacionados al consumo, conocen de la negativa de venta y de defectos en la calidad de los productos, pudiendo imponer sanciones y fijar indemnizaciones.

Información recolectada por el Ministerio de Justicia indica que en el año 1996 los ingresos de los Juzgados de Policía Local superaron en más de 200.000 causas al total de los correspondientes a la justicia ordinaria. En el período 1995-1996, 11 de cada 100.000 habitantes tuvieron una causa ante Policía Local.²³⁸ Tal situación, unida a un descenso de las causas terminadas, ha llevado a un significativo aumento de las causas pendientes (El Mercurio, 2 de diciembre de 1998)

4. Otros sistemas de resolución de conflictos

En este apartado nos referimos a otros arreglos institucionales, distintos a la intervención directa del Estado, para la resolución de conflictos entre sujetos. Se trata de sistemas con algún grado de formalización que se plantean como una alternativa frente al fortalecimiento del judicial. Por ello, excluimos de nuestro análisis el simple arreglo directo entre las partes, sin perjuicio de reconocer que una política que ponga énfasis en el sistema judicial o en uno del tipo de los que vamos a describir puede tener consecuencias en los incentivos y la predisposición de las partes a solucionar directamente sus problemas.

La importancia de estos mecanismos reside en que el derecho reconoce a las decisiones a las que se arriba un valor similar a la sentencia judicial y, por lo tanto, pueden acceder a los mecanismos con que cuenta el Estado para exigir, incluso a través de la fuerza, su cumplimiento.

Generalmente se denomina a estos sistemas como mecanismos alternos o alternativos de resolución de conflictos. Esta denominación asume que el sistema "normal" para resolver los conflictos es el judicial y que estos son una vía secundaria para ello. Tal rol menor no se compadece ni con la función que cumplen ni con la importancia práctica que acaparan.

Estos mecanismos pueden operar en forma independiente a un proceso judicial, ponerle término a uno iniciado, o consistir una fase de un proceso ya en trámite. Los mecanismos alternativos de mayor relevancia son el arbitraje, la conciliación y la mediación.

4.1 El arbitraje

En éste, la función que normalmente hace un juez remunerado por el Estado la asume un privado pagado por las partes. El árbitro actúa entonces como un tercero imparcial que impone a las partes una resolución para su conflicto. Esta similitud entre el arbitraje y la

²³⁸ Una proporción muy significativa de dichas causas no constituyen propiamente conflictos, ya que corresponden a infracciones de tránsito, en que los juzgados operan solamente como una entidad recaudadora.

labor de los tribunales justifica que se encuentren regulados en el Código Orgánico de Tribunales bajo la denominación de “jueces árbitros”.

El arbitraje puede tener como fuente la voluntad de las partes, quienes pueden pactarlo para precaver un litigio eventual como, por ejemplo, cuando celebran un contrato, o para que solucione uno que ya se ha generado, salvo que se trate de materias en que esté expresamente prohibido.²³⁹

Pero también puede provenir del sólo ministerio de ley, pues ella exige que deben ser necesariamente resueltas por árbitros las siguientes contiendas:

- La liquidación de una sociedad conyugal, o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y de las comunidades.
- La partición de bienes.
- Los juicios sobre cuentas.
- Las diferencias que ocurrieran entre los miembros de una sociedad.

El arbitraje puede revestir tres modalidades. Puede tratarse de uno en derecho, en el que debe someterse el conflicto al procedimiento establecido en la ley y fallarse conforme a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, tal como lo haría un juez. En cambio, el árbitro arbitrador, debe seguir el procedimiento que las partes le hayan fijado o ciertas reglas mínimas que supletoriamente fija la ley²⁴⁰ y no debe fallar en derecho, sino que obedeciendo “lo que su prudencia y la equidad le dictaren” (Artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales). Finalmente, el árbitro mixto debe fallar en derecho pero tramitar igual que lo hace el arbitrador.

Los árbitros pueden relacionarse con el Poder Judicial en tres momentos distintos:

- a) En su designación: En las causas en que la ley o las partes han determinado el arbitraje, pero éstas no se ponen de acuerdo en el nombre del árbitro, éste debe ser designado por la justicia.

Existe una modalidad de arbitraje de gran expansión en otros países y de reciente incorporación en nuestro país, denominada arbitraje institucional. En él las partes no designan a una persona determinada para que asuma el rol de árbitro sino a una institución, que cuenta en su interior con un conjunto de árbitros. La misma institución, bajo sus reglamentos internos, designa a la persona que asumirá el rol de árbitro de producirse el conflicto. Ofrecen este servicio en Chile la Cámara de Comercio de Santiago y AMCHAM. La principal ventaja de este sistema es que reduce los márgenes de inseguridad que eventualmente pueden rodear al sistema arbitral, tanto en el proceso de designación del árbitro, las cualidades que este reunirá, como a las reglas supletorias que aplicará. El acceder a una institución de prestigio que, a la par, puede tener un especial expertizaje en la materia que preocupa a las partes, reduce así los costos de transacción entre las partes tanto como lo podría hacer un sistema judicial público, y en mejor medida que éste los problemas de agencia y los riesgos de error.

- b) En el uso de la fuerza: Los árbitros no pueden acceder directamente al auxilio de la fuerza para el cumplimiento de sus resoluciones, lo que tiene que hacer mediante la intervención de un juez ordinario.

²³⁹ La ley señala que no pueden resolverse por árbitros las cuestiones que versen sobre alimentos, o sobre derecho a pedir separación de bienes entre marido y mujer, las causas criminales, las de policía local, las que se susciten entre un representante legal y su representado y aquellas en que deba ser oído el ministerio público, dentro de las cuales la más importante es sin dudas la nulidad de matrimonio.

²⁴⁰ Las que básicamente indican que debe oír a las partes y recibir las pruebas que ellas le presenten.

c) En la revisión de sus fallos. Contra una sentencia de un árbitro de derecho o mixto proceden los mismos recursos que contra la de un juez ordinario, pero las partes pueden renunciar a ellos. Tratándose de árbitros arbitradores, no proceden recursos.²⁴¹ Sin embargo, en uno u otro caso la Corte Suprema ha interpretado que siempre queda vigente ante ella la interposición del recurso de queja contra el árbitro.

El arbitraje se ha extendido enormemente en nuestro país. No sólo está presente en los contratos más complejos y de mayor envergadura, que involucran a grandes empresas y donde es común, incluso, que se acuda al arbitraje internacional. También hoy en día es posible hallarlo en contratos de bastante menor cuantía que afectan al común de las personas. Especialmente significativo en este avance ha sido la incorporación de cláusulas arbitrales en contratos de adhesión, que son aquellos que vienen preimpresos en formularios y que generalmente obedecen a una cierta posición de preeminencia de una parte sobre las restantes. Hoy en día se ha restringido en la ley de protección al consumidor el alcance de estos contratos, sobre todo para evitar posibles abusos en la llamada “letra chica”. En este caso los abusos pueden provenir en la imposición del nombre del árbitro, que puede ser una persona de confianza del contratante más poderoso.

El que los sujetos en Chile acudan día a día con mayor asiduidad al arbitraje; es decir, estén dispuestos a pagar por un servicio que el Estado, al menos en teoría, ofrece gratis, da cuenta de la percepción de los verdaderos costos que implican los procesos judiciales, por ejemplo en términos de tardanza o de márgenes de error.

4.2 La conciliación

La principal diferencia entre la conciliación y el arbitraje es que en ésta la participación de un tercero no tiene por finalidad imponer a las partes una resolución de su conflicto. El conciliador solamente puede llegar a hacer sugerencias a éstas sobre la mejor forma de asumir una respuesta a sus problemas, pero deben ser éstas, en definitiva, quienes adopten la solución.

La conciliación ha cobrado importancia en ciertas instancias administrativas, como en las Inspecciones del Trabajo, las citan a las partes involucradas en conflictos laborales a una gestión previa de este tipo que antecede un eventual juicio del trabajo. También es importante la conciliación como mecanismo de término anticipado de los litigios ya deducidos ante los tribunales. Hoy es una exigencia en todos los juicios civiles, comerciales y laborales que el juez haga un llamado a conciliación a las partes durante la etapa de discusión, sin perjuicio de hacer otros en etapas posteriores de estimarlo pertinente. En la audiencia convocada al efecto el juez puede incluso adelantar juicios sobre el posible resultado del litigio, sin que ello lo inhiba de continuar con él en el caso de fracasar el intento de conciliar.

Lamentablemente con esta herramienta no se obtienen en la práctica todos los resultados que podrían esperarse,²⁴² convirtiéndose muchas veces el llamado a conciliación en un trámite más, que simplemente alarga el proceso. Para algunos, ello se explica por las características propias de los jueces, cuya formación y habilidades se enfocan hacia la dictación de sentencias y no al acercamiento entre las partes y en los incentivos de los abogados, los cuales muchas veces son disfuncionales al término anticipado del litigio.

²⁴¹ Las partes, eso sí, pueden designar a un tribunal arbitral de segunda instancia.

²⁴² Como se verá más adelante los resultados son dispares, claramente son mejores en las jurisdicciones laboral y de menores que en la civil y comercial.

4.3 La mediación

Diferencia la mediación de la conciliación en que en la primera, el mediador asume un rol pasivo en cuanto a la solución misma del conflicto. Su función es solamente de facilitar que las propias partes lleguen a un acuerdo. En buena medida la mediación no constituye más que un espacio y un conjunto de técnicas para que las partes arreglen en forma dialogada sus problemas, tal como normalmente lo hacen las personas.

Pueden ser mediadores profesionales de distintas disciplinas,²⁴³ los cuales por lo general son adiestrados en técnicas específicas de manejo de conflictos y, especialmente, de negociación.²⁴⁴ La mediación puede operar en un marco de absoluta informalidad, sin un reconocimiento normativo expreso, tal como ha ocurrido hasta la fecha en Chile donde lentamente se ha ido desarrollando al nivel de organizaciones comunitarias, Municipalidades y Corporaciones de Asistencia Judicial, en todas las cuales se han ido paulatinamente abriendo centros que ofrecen estos servicios a distintos públicos. Sin embargo, existe una tendencia a regular la mediación, motivado por alguno de los siguientes objetivos:

- a) Dar mayor seguridad a los intervinientes sobre la seriedad del centro de mediación, la idoneidad profesional del mediador, su comportamiento ético, la confidencialidad del proceso y la validez y respeto de los acuerdos para, eventualmente, poder exigir forzosamente su cumplimiento.
- b) Extender su utilización como una política pública explícita en el área. Lo que implica no sólo invertir recursos públicos en dotar al país de un sistema de mediación, sino la posibilidad, muy extendida hoy en día, de exigir como trámite previo al inicio de ciertos tipos de juicios, el someterse a una instancia de mediación.²⁴⁵

Así entendida la mediación puede operar con mayor o menor cercanía a los tribunales. Un diseño institucional de resolución de conflictos complejo puede estructurarse en lo que se denomina un sistema de “multipuertas” en donde se les ofrece a quienes acuden al sistema judicial formal seguir ese camino o acceder a un servicio de mediación anexo al juzgado. Un diseño distinto desvincula uno y otro servicio. El primero, como se entenderá, busca principalmente descongestionar a los tribunales con este sistema. El segundo, aumentar el acceso a los mecanismos de resolución de conflictos, para que se solucionen por esta vía problemas que de otra forma no hubieran llegado a los tribunales.

La mediación no sólo se presenta con ventajas a la solución judicial por sus menores costos y duración, dado su carácter desformalizado, sino también por ciertas ventajas más sustantivas. La primera de ellas es que la mediación compromete directamente a las partes con la solución de su problema. Ellas dejan de descansar en un tercero para que asuma tal rol, lo que tiene efectos en términos educativos, en función de futuros conflictos, alienta la participación y permite llegar a acuerdos más estables que maximicen los intereses de los involucrados. La mediación se muestra especialmente fructífera para asumir conflictos entre

²⁴³ Generalmente lo hacen abogados, asistentes sociales y psicólogos. Una de las reticencias que precisamente ha debido enfrentar la mediación para su extensión como alternativa de política es la que generalmente despierta en el gremio de los abogados que ven en ella, y en la amplitud de los profesionales que pueden ejercerla, una amenaza para sus intereses gremiales.

²⁴⁴ La escuela más desarrollada al efecto es la de Harvard.

²⁴⁵ Tal cosa sucede hoy en día, por ejemplo, en Argentina, donde se estableció la mediación como trámite obligatorio previo al inicio de cualquier juicio civil. En Chile, el proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia la consagra en tal calidad para ciertos tipos de juicios, como los de alimentos. Actualmente, el Ministerio de Justicia se encuentra ejecutando un plan piloto de mediación que persigue acumular experiencia sobre la viabilidad de dicho proyecto.

personas que mantienen o deben mantener una relación permanente en el tiempo que excede a la que motivó el conflicto. Relaciones entre vecinos, familiares o empleadores y trabajadores continuarán después del conflicto. Si ellos no aprenden a convivir y a solucionar sus diferencias éstas no sólo van a persistir sino probablemente se van a agudizar.

A diferencia de una solución convenida, que es flexible en las condiciones en que se estructura y puede poner un énfasis mayor en los intereses profundos que están en juego más que en las simples posiciones, la solución judicial se muestra sumamente rígida. No sólo porque el juez tiene muy delimitado su campo de acción y no puede muchas veces entrar en la raíz de los problemas, sino también porque las soluciones judiciales son de aquellas denominadas de “suma cero” en que todo lo que gana una parte lo pierde la otra, no permitiendo arreglos cooperativos más complejos.

BIBLIOGRAFÍA

Arrow y Scitovsky (1974). *La Economía del Bienestar*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Arrow, Kenneth (1986) "Los Valores y la Toma de Decisiones Colectivas". En *Filosofía y Teoría Económica*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Atria, Fernando (1997). *Los Peligros de la Constitución. La Idea de la Igualdad en la Jurisdicción Nacional*. Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Seminarios 36. Santiago: Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Benson, B. (1990) *The Enterprise of Law: Justice Without the State*. San Francisco: Pacific Research Institute for Public Policy

Binmore, K (1994) "*Teoría de Juegos*". Madrid: Mc Graw-Hill.

Bittencourt (1997) *Informe de Consultoría Sobre: Análisis del Sistema de Financiamiento del Poder Judicial*. Uruguay: Sin publicar.

Blumberg, A. (1971). "El Ejercicio de la Profesión de Abogado Como un Juego de Confianza". En: Aubert, V., *Sociología del Derecho*, Caracas: Tiempo Nuevo.

Bonafe-Scmitt (1991) "Contentieux Familial et Mediation. Une Comparaison Internationale". En, *Diputes and Litigation*.

Buchanan, James y Tullock, A. (1980) *El Cálculo del Consenso. Fundamentos Lógicos de la Democracia Constitucional*. Madrid: Espasa-Calpe.

Cao Barredo, María Antonia (1994) "Organización, Estructura y Diseño de las Oficinas Judiciales". En *La Oficina Judicial*. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco: Vitoria-Gasteiz.

Calabressi, Guido y Melamed, Douglas (199...) Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad: Un Vistazo a la Catedral.

Calamandrei, Piero (1945) *La Casación Civil*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

Cerda, Carlos (1992). *Duración del procedimiento civil ordinario en los juzgados de Santiago*. Santiago: FONDECYT.

Cornes, R. and Sandler, T. (1996), *The Theory of Externalities, Public Goods and Club Goods*, Cambridge: University Press,

Corporación de Promoción Universitaria (1993) *Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos*. No publicado.

Correa, Jorge (1992). "Formación de Jueces para la Democracia". En Agustín Squella Ed. *Filosofía del Derecho y Democracia en Iberoamérica*. Número monográfico de la Revista de Ciencias Sociales N° 34. Valparaíso: Edeval.

_____ (1996). *Informe sobre Desjudicialización de Gestiones Preparatorias*. Sin Publicar.

_____ (1997). "La Economía Política de la Reforma Judicial". En Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo Eds. *Modernización, Democratización y Sistemas Judiciales*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.

_____ (1998). *Informe sobre Desjudicialización de Cobranzas Previsionales*. Sin publicar.

_____ (1999). "El Poder Judicial Chileno en la Década de los 90". En *El Modelo Chileno*. Paul Drake e Iván Joksic, compiladores. Santiago: Editorial Lom.

Correa, Jorge y Barros, Luis, Editores (1993). *Justicia y Marginalidad. Percepción de los Pobres*. Santiago: CPU.

Correa, Jorge, De la Fuente, Nancy y Peña, Carlos (1996). *Informe sobre Desjudicialización de Manifestaciones Mineras*. Sin publicar.

Correa, Jorge y Aguad, Alejandra (1999). *Informe sobre Desjudicialización de Posesiones Efectivas de Herencia*. Sin publicar.

Cortés, Joaquín (1992). "La Corte Suprema a Través de la Prensa (1954-1973)". En *El Poder Judicial en la Encrucijada. Estudios Acerca de la Política Judicial en Chile*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie seminarios N° 22. Santiago: Universidad Diego Portales.

Cremades Morant, Juan Bautista (1994) "Corrupción, Disfunciones y Atención al Ciudadano". En *La Oficina Judicial*. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco: Vitoria-Gasteiz.

Davis, M. (1984) *Introducción a la Teoría de Jugos*. Madrid: Alianza.

Diario El Mercurio de Santiago (23 de junio de 1987)

_____ (2 de diciembre de 1998).

_____ (20 de diciembre de 1998)

Elster, John (1988). *Tuercas y Tornillos*. Barcelona: Gedisa.

Eyzaguirre, Hugo (1995) "Marco Institucional y Desarrollo Económico: la reforma judicial en América Latina". En Edmundo Jarquín y Fernando Carrillo Eds. *Modernización, Democratización y Sistemas Judiciales*. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.

Fiss, Owen M. (1998) "Contra el Acuerdo Extrajudicial". En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Buenos Aires.

Frühling, Hugo. (1980). "Poder Judicial y Política en Chile". En *La Administración de Justicia en América Latina*. Lima: Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo.

Garrido, Mario (1994). "El Ministerio Público y su Contribución a la Capacidad de Investigación del Sistema Procesal Penal (Comentario)" En *El Ministerio Público: Para una Nueva Justicia Criminal*. Santiago: Fundación Paz Ciudadana, Universidad Diego Portales y Corporación de Promoción Universitaria.

Gauthier, D (1994) "*Moral por Acuerdo*". Madrid: Gedisa.

Guzmán, Alejandro. (1995). *Las Cosas Incorporales en la Doctrina y en el Derecho Positivo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Jana L, Andrés y Marín G. Juan Carlos. (1996). *Recurso de Protección y Contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Hahn (1986). *Filosofía y Teoría Económica*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Hayek (1978), *Derecho, Legislación y Libertad*, Madrid: Unión Editorial.

Iglesias, Enrique (1993) "Derecho, justicia y desarrollo en América Latina en la década de los noventa. En *Justicia y Desarrollo en América Latina y el Caribe*. Washington: BID.

Martínez, Néstor Humberto (1997). "Estado de Derecho y Eficiencia Económica". En *La Economía Política de la Reforma Judicial*. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.

Messick E. Richard (1997). *Judicial Reform: A Survey of the Issues*.

Miceli, T. (1997). *Economics of the Law. Torts, Contracts, Property, Litigation*. Oxford: University Press.

North, Douglas (1993) *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Olave A. Cristián. (1996). *Recurso de Protección*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur Ltda.

Paillás, Enrique (1990). *El Recurso de Protección ante el Derecho Comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Peña, Carlos (1992). "Poder Judicial y Sistema Político. Las Políticas de Modernización". En *El Poder Judicial en la Encrucijada. Estudios Acerca de la Política Judicial en Chile*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie seminarios N° 22. Santiago: Universidad Diego Portales.

_____ (1993a). "Informe sobre Chile". En Jorge Correa Ed. *Situación y políticas judiciales en América Latina*. Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie publicaciones especiales N° 2. Santiago: Universidad Diego Portales.

_____ (1993b). "¿Es Coherente e Íntegro Dworkin?". En *Estudios y Ensayos en Homenaje a Dworkin*. Valparaíso: Edeval.

_____ (1994). "Hacia Una Caracterización del Ethos Legal: De Nuevo Sobre la Cultura Jurídica" En *Evolución de la Cultura Jurídica Chilena*. Santiago: Corporación de Promoción Universitaria.

_____ (1996a). "Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos. Aspectos Teóricos, Empíricos y Dogmáticos". En *Estudios Sociales. N° 88*. Santiago: CPU.

_____ (1996b). *Práctica Constitucional y Derechos Fundamentales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.

_____ (1996c). "Desafíos al Paradigma del Derecho Civil". En *Estudios Públicos. Santiago: CEP. Otoño 1996*.

Pierry, Pedro (1977). *El Recurso de Protección y lo Contencioso Administrativo*. Valparaíso: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Tomo I.

Posner, Richard (1998a) "Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho" En *Estudios Públicos. N° 69*. Verano. Santiago: Centro de Estudios Públicos.

_____ (1998b) *Economic Analysis of Law*, New York: Aspen

PROVEA (1996). *El Banco Mundial y la Reforma Judicial en Venezuela: estudio de caso*. Serie Aportes. Venezuela: Provea.

Rawls, John (1992). *Teoría de la Justicia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Roemer, Andrés. (1994). *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y Fondo de Cultura Económica/Economía Contemporánea.

Saez, Felipe (1998). "La Naturaleza de la Reforma Judicial en América Latina: consideraciones estratégicas". En *Justicia y Desarrollo*. Santa Fe de Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia.

Sen. A. (1976). *Elección Colectiva y Bienestar Social*. Madrid: Alianza.

Sen. A. (1989) *Sobre Ética y Economía*. Madrid: Alianza.

Soto Kloss, Eduardo (1982). *El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Vásquez, Guillermo (1984) *Tratado sobre el Cheque, las Letras de Cambio y otros Documentos Financieros*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur.

Vargas, Juan Enrique y Correa, Jorge (1995), *Diagnóstico del Sistema Judicial Chileno*, Santiago: CDJ-CPU.

Vargas, Juan Enrique (1987), *La Extinción de la Responsabilidad Penal*. Santiago: Ediar-Conosur

_____ (1993), "Política Judicial en Chile", En Jorge Correa Ed. *Situación y Políticas Judiciales en América Latina*, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 2, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

_____ (1997), "*Particularidades de la función judicial que implican desafíos para la gestión de recursos humanos*". En Estudios Sociales N° 91. Santiago: Corporación de Promoción Universitaria.

_____ (1998a) "La Reforma a la Justicia Criminal en Chile: El Cambio del Rol Estatal". En *La Reforma de la Justicia Penal*. Cuaderno de Análisis Jurídico N° 38. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

_____ (1998b) "Políticas de Modernización del Sistema de Personal en el Poder Judicial Chileno". En Alfredo Fuentes Ed. *Reforma Judicial en América Latina*. Santafé de Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia.

_____ (1999) *Poder Judicial, Políticas Judiciales y Corrupción*. Sin publicar.

Verdugo Johnston, Pamela (1988). *El recurso de Protección en la Jurisprudencia*. Santiago: Editorial Jurídica Ediar-Conosur.

Xiol, Juan Antonio (1994) "Reforma de la Oficina Judicial", En *La Oficina Judicial*". Gobierno Vasco.

Yáñez, José (1991). "La Asignación de los Recursos Estatales Para la Administración de Justicia en Chile". En *Proyecto de Capacitación, Formación, Perfeccionamiento y Política Judicial*. Administración de Tribunales. Tomo II. Santiago: Corporación de Promoción Universitaria.