

Ma

Manuales

Jorge Larroucau Torres

Judicatura

ediciones
DER

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@dereediciones.com o visite nuestra página web www.dereediciones.com

JUDICATURA

© Jorge Larroucau Torres

2020 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

Teléfono +56 22 402 96 66

www.dereediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual Nº 2020-A-987

ISBN 978-956-9959-67-7

Primera edición, mayo de 2020

DER Ediciones Limitada

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley Nº 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.
El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

“Respetando exajeradamente las leyes, doctrinas i costumbres que nos legaron nuestros mayores, nos hemos acostumbrado a basar en ellas todas nuestras reformas, negándonos a salir de ese círculo estrecho i a entrar de lleno en los dominios de la ciencia, que no tiene patria ni fronteras”.

(M. E. BALLESTEROS, *La Lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile. Antecedentes, concordancia i aplicación práctica de sus disposiciones*, tomo I, ix)

**CAPÍTULO I:
JURISDICCIÓN**

1. CONFLICTOS Y SOLUCIONES

La sociedad chilena tiene tribunales porque hay conflictos entre las personas. Una noción amplia de conflicto es necesaria para comprender a la jurisdicción como una función pública reservada a los tribunales establecidos por la ley (art. 1° del Código Orgánico de Tribunales, COT)¹⁰.

En un conflicto hay dos partes que disputan en torno a intereses que el derecho –ya sea la ley, la Constitución, los tratados internacionales o las demás fuentes normativas– hace relevantes. Así, por ejemplo, una huelga en el trabajo, el cuidado de un hijo o hija, el saldo del precio que el comprador le debe al vendedor, la responsabilidad penal de quien estafa a otro o la vigencia de un permiso municipal para construir un colegio, son todos ellos conflictos conocidos y resueltos por un tribunal competente.

Lo importante en esta definición es que no reduce la noción de interés a un derecho subjetivo, ni menos a una pretensión pecuniaria, ya que también cabe hablar de un conflicto cuando los tribunales tutelan los derechos fundamentales a través de los diversos mecanismos que contempla la ley procesal¹¹.

Esta concepción amplia de conflicto puede fundarse en una relectura de la clásica referencia a las “causas civiles y criminales” que hace el artículo 1° del estatuto orgánico ya transcrito. Ella permite capturar al mismo tiempo tanto las situaciones en que los tribunales se limitan a adjudicar un

10 Artículo 1° del COT: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley”.

11 MACHADO (2017), pp. 201-206.

caso entre dos personas como aquellas en que actúan como un control de la Administración del Estado y de los poderes políticos al garantizar los derechos de las personas. Todas ellas son causas civiles y/o, en algunas circunstancias, causas penales a cargo de juezas y jueces.

Esta noción extendida de conflicto es el punto de partida para identificar el contenido y los límites de la administración de justicia chilena, esto es, la "organización y atribuciones de los tribunales" (art. 77 de la Constitución de 1980). Para estos efectos es preciso considerar que el fin mediato de la administración de justicia es la paz social y que su fin inmediato es resolver un conflicto en base a derecho.

1.1. Solucionar conflictos y tutelar derechos

A) Sobre la abundancia y escasez de conflictos

El exceso de conflictos suele ser un desafío constante en todos los sistemas judiciales contemporáneos¹². No obstante lo anterior, el conflicto ha sido visto como "el elemento pendiente" en las reformas legales a la justicia chilena llevadas a cabo desde la última década del siglo XX, en donde los esfuerzos se han orientado más a la solución de los conflictos que a su prevención¹³.

Por el contrario, "pensar desde el conflicto" sugiere comenzar por las políticas de prevención de los mismos¹⁴. Aquí surge algo que puede causar perplejidad porque, aunque no lo parezca a primera vista, una política de prevención de los conflictos completamente exitosa también puede afectar a la organización judicial. Esto es así porque la ausencia de conflictos priva a la sociedad de un espacio de aprendizaje. *Gertraud Schwaib*

En los años setenta, por ejemplo, el sociólogo Nils CHRISTIE observó este punto al asegurar que "si bien los conflictos pueden matar, su escasez

¹² El Informe Anual de Justicia de 2017 elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas señaló, por ejemplo, que aquel año ingresaron a los tribunales cerca de 1.800.000 causas en el ámbito civil, más de 600.000 en sede penal y más de 600.000 en la justicia de familia, para mencionar solo las tres principales áreas de litigación en términos del número de juicios.

¹³ ONFRAY (2005), pp. 73-101.

¹⁴ ONFRAY (2011), p. 82.

puede paralizarnos", porque tal ausencia conlleva "una pérdida de oportunidades para la clarificación de las normas [...] una pérdida de posibilidades pedagógicas". Es decir, dado que los litigios también permiten conocer las reglas que nos rigen y darles un significado concreto, su ausencia puede llevar a algo cercano a la anomia.

Esto ya sugiere un horizonte para la organización judicial chilena, en cuanto a que la litigación podría estar orientada a los casos excepcionales, es decir, a las situaciones en donde tiene sentido abrir una discusión tanto fáctica como jurídica en torno al modo de resolver el conflicto. Para los demás casos, en cambio, en donde los hechos son claros, la solución podría provenir de formas diversas al juicio.

Ante ideas de este tipo que buscan racionalizar el trabajo judicial adquiere importancia, no obstante, el matiz entre solucionar conflictos y tutelar derechos, ya que la protección judicial de derechos fundamentales solo podría omitirse en casos que se justifican por un motivo distinto a la libre disposición que pueden hacer las partes de su interés —que es lo que avala, en buena medida, a las mediaciones y al arbitraje—. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando la persona afectada dispone de una vía administrativa para resguardar su interés.

B) Sobre la función social de los conflictos

La función social que cumplen los conflictos es permitir que todos conozcamos las reglas que rigen la vida en comunidad, ya no en cuanto a su existencia, sino que en un sentido práctico.

En su crítica a la justicia penal occidental del siglo XX, el mismo CHRISTIE aprovechó la ocasión para tildar a los abogados de "ladrones profesionales de conflictos", pues su defensa judicial contribuiría a que las personas dejen de pensar qué reglas deben imperar en la sociedad y deleguen esta labor en expertos¹⁵.

Este cuestionamiento lo dirigió especialmente a la justicia penal, porque allí "la víctima es una especie de perdedora por partida doble: primero, frente al delincuente, y segundo —y a menudo de una manera más brutal— al serle denegado el derecho a la plena participación en lo que podría haber

¹⁵ CHRISTIE (1977), pp. 159, 163 y 170.

sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida [el juicio penal]. La víctima ha perdido su caso en manos del Estado”¹⁶.

Si bien esta crítica puede diluirse afinando lo que entendemos por defensa judicial, tal como se esboza en la última parte de este libro, ella sirve para advertir sobre las secuelas que puede tener para la sociedad el que la función social de los conflictos caiga en el olvido.

Para que ello no ocurra la organización judicial debe ser capaz de distinguir los diversos tipos de conflictos que tienen lugar en la sociedad. Así, por ejemplo, hay conflictos de indole patrimonial (v. gr., la entrega de la cosa que el poseedor debe hacer al dueño) y conflictos no patrimoniales (v. gr., la indemnización que un hospital debe dar a una persona por la muerte de su hijo luego de una infección intrahospitalaria); conflictos discretos o atómicos (v. gr., el del arrendador con el arrendatario por el costo de reparar una cañería rota en la casa arrendada), y conflictos sistémicos (v. gr., los casos de violencia intrafamiliar y, de manera aún más amplia, los escenarios de justicia transicional).

Esta diversidad de conflictos le brinda a la administración de justicia una información valiosa: por ejemplo, en cuanto a los asuntos que no deberían ser entregados a los particulares para que los resuelvan ellos mismos (v. gr., conflictos que envuelven derechos que no se pueden renunciar, como los derechos sindicales de las trabajadoras de una empresa), o bien respecto de aquellos en donde la intervención de un tribunal no será suficiente para resolver el conflicto (v. gr., las demandas por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación).

El estatuto orgánico, con su clásico binomio “causas civiles y criminales”, pareciera ignorar esta multiplicidad de conflictos. Cabe recordar que solo en el año 2000 se eliminó la referencia a los conflictos del “orden temporal” (art. 5° COT) (art. 11, Ley N° 19.665) cuya función habría sido excluir de la competencia de los tribunales chilenos a los asuntos de “orden espiritual”. Esta supresión, por lo demás, surgió al final del debate legislativo en el Senado y no dialogó con los alcances normativos que introdujo la ley de libertad de cultos aprobada recién un año antes (Ley N° 19.638 de 1999)¹⁷, lo que demuestra la poca atención parlamentaria que ha merecido

¹⁶ CHRISTIE (1977), pp. 162 y 163.

¹⁷ OBERG (2001), p. 46.

la regla que inaugura la regulación de la administración de justicia. De allí que la academia tenga una ardua tarea a la hora de interpretar en términos amplios la expresión “causas civiles y criminales”.

La Corte Suprema, en cambio, ha estado más atenta a la pluralidad de conflictos que existen en la sociedad chilena, aunque en un sentido diverso al que aquí se le da realce. En 2016, por ejemplo, a raíz de la tramitación electrónica de los procedimientos judiciales (Ley N° 20.886 de 2015), este tribunal reiteró algo que ya había señalado para la justicia de familia en el año 2009 (Acta N° 98), en cuanto a que el comité de jueces del Juzgado de Familia debe definir anualmente una tipología de los casos más comunes que tienen lugar ante ellos (art. 73, Acta N° 71).

La tipología que ha promovido la Corte Suprema exige considerar, por lo menos, los siguientes tres escenarios: (1) “caso complejo”: “aquel cuyo desarrollo se prevé en dos audiencias, las partes plantean controversia significativa sobre los hechos y se puede esperar prueba abundante en variados formatos”; (2) “caso controvertido con prueba limitada”: “aquel en que existe controversia entre las partes pero hay prueba no discutida, o bien la discusión sobre la prueba puede resolverse sin comparecencia de testigos o con un número muy limitado de ellos”, y (3) “caso sin controversia con necesidad de prueba”: “aquel en que las partes están de acuerdo en los hechos y peticiones, y la prueba puede ser documental o testimonial en número limitado” (art. 74, Acta N° 71).

Como se puede ver, la Corte Suprema distingue los conflictos solo en términos de una gestión eficiente de los recursos judiciales, siempre escasos. Pero esta faceta presupuestaria es solo una de las dimensiones relevantes a la hora de identificar un repertorio de conflictos que supere el viejo binomio “causas civiles y criminales” del estatuto orgánico. Tal como se dijo, este ejercicio es necesario, en términos generales, para canalizar el potencial de los conflictos en términos de su función social, y también lo es, en un plano más acotado, para el correcto desempeño judicial ya que el tipo de conflicto casi siempre sugiere la forma de solución que puede serle más adecuada.

C) Sobre el artículo 1° del COT

Los conflictos se canalizan a través de vías que son institucionales porque su solución sirve tanto a las partes involucradas en él como a la sociedad en que tienen lugar. Esta concepción amplia de conflicto, como ya

se adelantó, no pretende ocultar la distinción analítica entre una función jurisdiccional como garantía de los derechos de las personas en un Estado democrático (deliberativo) de derecho y la solución de los conflictos entre partes, entendida esta última como la adjudicación de un derecho en favor de alguien. Los tribunales chilenos hacen ambas cosas, tal y como lo demuestra la mejor interpretación posible del artículo 1° del estatuto orgánico.

En este sentido, la idea de que “la jurisdicción es una potestad constitucionalmente sancionada para la realización, consolidación y creación de legalidad”¹⁸ debe ser entendida –en palabras de Lisa HILBINK– del siguiente modo:

“[E]l desarrollo de una judicatura fuerte e independiente, quizás la más crucial de las agencias de control, es vista [...] como un instrumento fundamental en el avance hacia el Estado de derecho, la protección de derechos constitucionales y el fortalecimiento del régimen democrático”¹⁹.

Por lo tanto, aunque es correcto decir que hoy en día “no existen ámbitos exentos de control jurisdiccional”²⁰, ya que los tribunales evalúan el apego a derecho tanto de las conductas de los particulares como de los poderes políticos –incluida la burocracia estatal–, de ello no se siguen dos conclusiones que una mirada superficial al sistema jurídico vigente pudiera desprender: (1) que todos (o la mayoría de) los conflictos deben ir a juicio y (2) que el trabajo judicial se limita a (o debe concentrarse preferentemente en) dictar sentencias que resuelvan el conflicto que tienen las partes.

La tesis sostenida por BORDALI, CORTEZ y PALOMO, por ejemplo, en cuanto a que “la realización del derecho en un proceso con el mayor grado de irrevocabilidad que reconoce el sistema jurídico para un caso concreto, parece ser una concepción amplia y correcta de la función judicial”²¹, es insuficiente porque –aunque quiere serlo– no es lo suficientemente específica como para reconocer lo que dispone el estatuto orgánico en su tríada inicial –los artículos 1°, 2° y 3° COT–, de la cual el primero de dichos preceptos ya anticipaba desde el comienzo de la República el contenido de la función jurisdiccional en Chile.

18 BORDALI (2003a), p. 269.

19 HILBINK (2014), p. 36.

20 BORDALI (2016), p. 29.

21 BORDALI *et al.* (2013), pp. 5-10.

El sentido normativo del artículo 1° del estatuto orgánico, en efecto, se remonta al texto constitucional de 1833²², y prescribe que la facultad para conocer los conflictos (“causas civiles y criminales”), juzgarlos y hacer ejecutar lo juzgado “pertenece exclusivamente” a los tribunales establecidos por la ley. Esta última expresión es la que ahora invita a detenerse en ella.

La idea de que esta potestad pública “pertenece exclusivamente” a los tribunales debería ser comprendida en los siguientes términos: por un lado, (1) como una función pública que no excluye a otras formas de solución de los conflictos, distintas de la sentencia definitiva; y, por otra parte, (2) como una labor que no se agota en la solución de los conflictos, sino que también sirve para su prevención.

En otras palabras, la jurisdicción “pertenece exclusivamente” a los tribunales porque la prevención y solución de los conflictos que llevan a cabo las personas, las empresas y la Administración del Estado no cuenta como un ejercicio de jurisdicción, aunque sean formas legítimas de abordar un conflicto, y, además, porque judicializar un caso no implica necesariamente que dicho conflicto será resuelto por medio de un veredicto, sino que también existe la posibilidad de que el tribunal lleve a cabo una labor de prevención. Esto último ocurre a través de sus potestades cautelares.

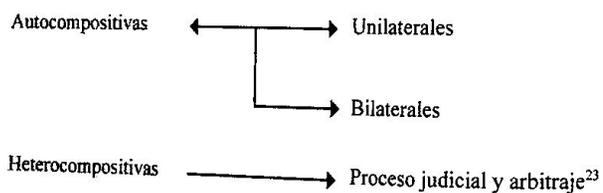
En definitiva, esta interpretación amplia del artículo 1° del estatuto orgánico no solo es coherente con lo dispuesto en los artículos 2° y 3° de la misma ley, tal como se analiza más adelante, sino que permite entender al trabajo judicial como uno que se hace cargo de (1) los casos en que la decisión recae sobre algo que no es un conflicto (*i. e.*, un asunto no contencioso) o que tan solo puede ser descrito como un conflicto en ciernes (*v. gr.*, cuando se declara la nulidad de un acto administrativo) y (2) otros en donde lo que hace un tribunal es prevenir un conflicto (*v. gr.*, cuando se dicta una medida cautelar para ordenar el alejamiento del agresor en un caso de violencia intrafamiliar o bien cuando una Corte acoge una protección de derechos fundamentales ante la amenaza de un derecho en base al artículo 20 de la Constitución de 1980). En todos estos escenarios nos encontramos ante el ejercicio de la función jurisdiccional.

22 Artículo 108, Constitución de 1833: “La facultad de juzgar las causas civiles i criminales pertenece esclusivamente a los Tribunales establecidos por la lei. Ni el Congreso, ni el Presidente de la República pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales, o avocarse causas pendientes, o hacer revivir procesos fenecidos”.

1.2. Métodos apropiados de solución de conflictos (MASC)

El ordenamiento jurídico chileno contempla varias formas de prevenir y solucionar un conflicto, las que pueden ser tanto de índole autocompositiva (unilateral o bilateral) como heterocompositiva. Estas formas están disponibles en la ley para una gran variedad de casos en que el interés jurídicamente relevante de alguien (*i. e.*, la pretensión en el caso de un juicio, art. 254 del Código de Procedimiento Civil, CPC) es resistido por otro (*i. e.*, el legítimo contradictor, si hablamos de un litigio, art. 823 inciso 1° CPC).

La advertencia general que cabe hacer a este panorama legislativo, en tanto, es que esta pluralidad de formas de solucionar conflictos –como la que se detalla a continuación– incrementa el riesgo de llegar a resultados diferentes en un mismo tipo de asuntos. Este peligro de un trato desigual puede responder a varios motivos. Uno profundo apunta al modo mismo de entender la justicia, con una vocación universalista –en el caso de los juicios– o particularista –como ocurre, por ejemplo, en la mediación–.



²³ El arbitraje y los métodos autocompositivos de solución de conflictos ameritan de un estudio propio. Aquí solo cabe señalar –con respecto al primero– que el estatuto orgánico vigente reguló a los “jueces árbitros” en el Título IX (artículos 222 a 243) tomando “como base de estudio”, según lo indica el Mensaje del decano Arturo Alessandri al COT, un documento elaborado por Patricio Aylwin –cuya tesis de licenciatura se convertiría en un texto influyente para el estudio del arbitraje doméstico durante más de medio siglo– quien actuó como secretario de la Comisión que redactó el COT. En 1903, en tanto, el Código de Procedimiento Civil ya había regulado el “juicio arbitral” como un juicio especial (Libro III, Título III, artículos 628 a 644) en base a las categorías medievales y forzosos), casi un siglo después, se dictó la Ley N° 19.971, de 2004, sobre arbitraje comercial internacional que introdujo un modelo de arbitraje estandarizado para conflictos que son típicos de una sociedad de mercado global, al replicar la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (CNUDMI o UNCITRAL, por su sigla en inglés) del año 1985 como parte del ingreso de Chile a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

1) Autocompositivas unilaterales:

- a) Autotutela (*i. e.*, autorresponsabilidad sin uso de la fuerza a menos que la ley lo permita);
- b) Desistimiento (*i. e.*, el demandante retira su demanda después de que ha sido notificada al demandado, art. 150 CPC);
- c) Allanamiento (*i. e.*, el demandado acepta la pretensión del demandante, art. 313 CPC);
- d) Renuncia (*v. gr.*, un derecho establecido en el solo interés del renunciante, art. 12 del Código Civil, CC).

2) Autocompositivas bilaterales:

- a) Transacción (*i. e.*, un contrato para terminar un conflicto pendiente o prevenir uno eventual, art. 2446 CC);
- b) Conciliación (*i. e.*, el juez propone bases de acuerdo para lograr un avenimiento entre las partes, art. 262 CPC);
- c) Mediación (*v. gr.*, en el cuidado personal de un hijo o hija y en los alimentos, arts. 103 a 114, Ley N° 19.968 de 2004);
- d) Negociación (*v. gr.*, la negociación colectiva entre el sindicato y la empresa, Libro IV del Código del Trabajo modificado por Ley N° 20.940 de 2016);
- e) Suspensión condicional del procedimiento (en la justicia penal si la pena no excede de tres años, art. 237 del Código Procesal Penal, CPP);
- f) Acuerdos reparatorios (en la justicia penal si se trata de bienes patrimoniales, lesiones menos graves o delitos culposos, art. 241 CPP);
- g) Servicio comunitario (*v. gr.*, en la justicia de policía local por un máximo de ocho horas semanales [art. 20 bis, Ley N° 18.287 de 1984 reformada por Ley N° 19.806 de 2002] y en la responsabilidad penal juvenil por un máximo de cuatro horas diarias, remunerada y compatible con el estudio o el trabajo [art. 11, Ley N° 20.084 de 2005]).

Tal como se ha dicho, la organización judicial debe considerar esta pluralidad de formas de abordar los conflictos reconocidas en códigos y leyes

especiales, las cuales dan cuenta de diversos modos de participar en la prevención y solución de los mismos²⁴. Este es un rasgo que invita a discutir acerca de la posibilidad de incorporar otras formas que podrían ser útiles para ciertos conflictos. Así, por ejemplo, se puede abrir un debate sobre la justicia comunitaria –que en Bolivia, por ejemplo, actúa en los conflictos del ámbito indígena y campesino–²⁵, o bien sobre los alcances del indulto presidencial²⁶, especialmente en cuanto a que “la gracia del indulto” (art. 1º inciso 1º, Ley N° 18.050 de 1981) no proceda cuando se trata de delitos en contra de la humanidad²⁷. Sobre esto último, por lo demás, cabe recordar que en el año 2007 se presentó un proyecto de ley para entregar la facultad presidencial de indultar al Pleno de la Corte Suprema (Boletín N° 5.561-07).

En este plano se enmarcan, precisamente, dos figuras que ameritan algunas precisiones históricas y conceptuales para refutar algunas impresiones erróneas que se han formado de ellas en Chile: el jurado y la autotutela.

A) Jurado

El lugar común afirma que el sistema jurídico chileno carece de jurados. Esta premisa debe morigerarse, al menos desde dos puntos de vista.

Por un lado, desde un prisma histórico, la posibilidad de un juicio por jurado para los delitos y para los asuntos relacionados con la prensa ha estado presente desde los primeros años de la República. Así lo propusieron Camilo HENRÍQUEZ desde el periódico *El Araucano*, para los casos penales, y José Joaquín DE MORA en la Constitución de 1828 (art. 18) para

24 MENKEL-MEADOW (2000), pp. 36 y 37.

25 Artículo 190 de la Constitución boliviana de 2009: “Jurisdicción indígena originaria campesina. I: “Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución”.

26 Artículo 32 N° 14 de la Constitución de 1980: “Son atribuciones especiales del Presidente de la República: Otorgar indultos particulares en los casos y formas que determine la ley. El indulto será improcedente en tanto no se haya dictado sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso. Los funcionarios acusados por la Cámara de Diputados y condenados por el Senado, sólo pueden ser indultados por el Congreso”.

27 BECA (2013), pp. 486-488.

los casos de libertad de expresión o “libertad de imprenta” como se les llamaba entonces²⁸.

En este último ámbito, en particular, el “jurado de imprentas” existió bajo diversas formas durante más de un siglo, entre los años 1813 (Decreto N° 23 que contempló un jurado de “siete individuos de ilustración, patriotismo e ideas liberales” que no fueran abogados) y 1925 (D.L. N° 425)²⁹.

Por otro lado, el jurado tiene un cierto grado de reconocimiento normativo en el sistema jurídico chileno. La Constitución de 1980, por ejemplo, contempló el jurado en tres escenarios: en el reclamo de nacionalidad ante el Pleno de la Corte Suprema (art. 12); en la acusación constitucional que decide el Senado (art. 53 N° 1), y en la justicia electoral (arts. 95 inciso 5º y 96 inciso 4º).

El Código Penal de 1874, además, menciona como uno de los derechos civiles y políticos que se pueden perder por cometer algunos delitos a “la capacidad para ser jurado” (art. 42 inciso 1º CP).

B) Autotutela

La forma tradicional de entender la autotutela en Chile afirma que ella no es un modo legítimo de resolver los conflictos. Esta conclusión se explica porque previamente se la ha concebido como sinónimo del uso privado de la fuerza³⁰: una vez que se adopta ese supuesto no queda más que restringirla a los casos expresamente autorizados por la ley.

Pero es posible concebir a la autotutela de otra forma, de modo que no quede supeditada a un permiso legal explícito. Para ello es necesario redefinirla como una forma de autorresponsabilidad que no implica violencia. De acuerdo con esta concepción, la autotutela es una forma de prevenir o resolver conflictos “por mano propia” que no requiere de una autorización legal específica. Así, “una concepción moderna de la autotutela pasa necesariamente por despojar del concepto *justicia por la propia mano* la ejecución mediante actos violentos”³¹.

28 VICENCIO (1996), pp. 411-417.

29 PIWONKA (2008), pp. 133-146.

30 Por todos, VARGAS Y FUENTES (2018), pp. 18 y 19.

31 DELGADO *et al.* (2017), p. 287 (destacado en el original).

Por lo mismo, una concepción de autotutela como autorresponsabilidad mantiene la prohibición del uso privado de la fuerza³²: la violencia privada solo tiene cabida en los casos excepcionales que permite la ley (el ejemplo más citado es la legítima defensa en la justicia penal, art. 10 N° 4 CP).

En el resto de los casos, en tanto, la autotutela es una vía legítima para prevenir o solucionar conflictos, tal como lo ilustran los siguientes ejemplos que se alejan por completo de la imagen del linchamiento con la cual se la asimilado: la facultad de los padres de corregir a los hijos e hijas³³; la posibilidad del mandatario de retener los bienes entregados por el mandante para la ejecución del encargo con el fin de incentivar el pago de sus honorarios (art. 2162 CC); la huelga de las trabajadoras –lo mismo que su eventual contrapartida: el cierre temporal de la empresa por parte de la empleadora– (arts. 345 y 353 del Código del Trabajo, CT), y –con un alcance bastante amplio– la (denominada) presunción “de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios” de las actuaciones de la Administración del Estado (art. 3° inciso final, Ley N° 19.880 de 2003).

1.3. ¿Cómo institucionalizar los MASC?

La pluralidad de formas de prevención y solución de conflictos a la que se ha hecho mención requiere de un diseño institucional que les permita funcionar en la práctica. Tal modelo orgánico aún está pendiente en la justicia chilena. A este respecto es útil destacar dos iniciativas públicas que se delinearón durante la segunda década de este siglo con la intención de incrementar el acceso a la justicia de las personas a través de una articulación institucionalizada de los MASC: el Programa de Unidades de Justicia Vecinal (UJV) a cargo del Ministerio de Justicia y el Programa de los Centros de Justicia Ciudadanos (CJC) ideado por la Corte Suprema.

32 El Código de Processo Civil portugués de 2013, por ejemplo, comienza con una “proibição de autodefesa: A ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei” (art. 1°).

33 Artículo 234 inciso 1° del CC reformado por la Ley N° 20.286 de 2008: “Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño”.

Este tipo de iniciativas –UJV y CJC– se fundan en la autonomía personal y en la búsqueda de una mayor cohesión de la vida en comunidad. Ellas, por lo demás, también desmienten una de las predicciones más polémicas que hiciera el sociólogo CHRISTIE, en el mismo trabajo antes citado, en cuanto a que “el juez, probablemente, sería lo más fácil de reemplazar si intentáramos seriamente acercar nuestros tribunales a este modelo de orientación lega”³⁴.

El papel de los tribunales sigue siendo crucial para una administración de justicia moderna. En términos anecdóticos, esto se puede ilustrar con el auge de los “jueces de televisión” a fines de los años noventa, el que contradice la predicción de una desaparición judicial³⁵. En una experiencia institucional, en tanto, la misma reivindicación de los jueces se observa en los asuntos de “pequeñas causas” (*small claims*), los cuales requieren “procedimientos flexibles, desformalizados y de bajo costo, con un uso intensivo de la tecnología como fuente de asistencia e información para litigantes inexpertos” y en donde el rol del juez es bastante activo³⁶.

Por cierto, nada de lo anterior implica que la existencia de los jueces en nuestro sistema jurídico deba darse por descontada. Por el contrario, tal como lo enseña la experiencia interna y la comparada, “la de ‘juez’ es una posición institucional inestable e improbable, precisamente porque no es un truismo decir de un sistema jurídico que necesariamente tiene jueces”³⁷. El punto aquí es otro y se puede resumir de un modo muy sencillo: la función jurisdiccional tiene una ventaja con respecto a los MASC que consiste en que ella, a diferencia de estos últimos, no solo sirve para prevenir y resolver conflictos sino que también garantiza que se cumpla lo resuelto³⁸. De allí que la presencia de los jueces no se pueda soslayar de un modo tan fácil.

Lo que se advierte hoy en día, por lo demás, es que en la justicia chilena la figura del juez tiende a fortalecerse –no solo en términos numéricos– ante supuestos específicos de conflictividad. Un buen ejemplo en este sentido lo brinda el Programa de Tribunales de Tratamientos de Drogas que se

34 CHRISTIE (1977), p. 176.

35 LAWRENCE y NÚÑEZ (2014), pp. 33-48.

36 LILLO (2018), pp. 822 y 823.

37 ATRIA (2014), p. 94.

38 MARÍN (2018), p. 348.

implementó a partir del año 2004 desde Valparaíso, en donde participa el juez de garantía ya que uno de sus objetivos principales es la rehabilitación de las personas que han cometido algunos delitos debido a un consumo dependiente de drogas³⁹.

A) Unidades de justicia vecinal

Las UJV se pensaron como un servicio público orientado a las “pequeñas causas” (*small claims*) en base a la estructura de un “modelo multipuertas”⁴⁰. Este programa se aplicó en algunas comunas de la Región Metropolitana entre los años 2011 y 2017.

El diseño de las UJV permitió que el conflicto fuera analizado por un equipo de especialistas que informaba al interesado acerca de las opciones disponibles para solucionarlo, ya sea arbitraje, mediación, conciliación, derivación a la red de programas sociales vigentes o el patrocinio de su causa ante el juzgado de policía local competente y eventualmente ante otros tribunales. La “puerta” seleccionada dependía de varios elementos, como el asunto a resolver, las personas involucradas y la oferta disponible, requiriendo que el interesado consintiera en la vía elegida⁴¹.

Entre los años 2011 y 2014, por ejemplo, el 35 % de los casos que ingresaron a las UJV (11.187 en total) condujo a una mediación y en la mayoría de ellos las partes lograron un acuerdo⁴².

Con todo, entre las principales falencias de este tipo de modelos se suele acusar la falta de incentivos para que la persona requerida comparezca a la UJV, el deficitario nivel de cumplimiento de los acuerdos y el riesgo de que algunos asuntos nunca lleguen a juicio de modo que no sea posible precisar una regla para casos análogos⁴³.

39 Este programa de justicia terapéutica funciona en base a un convenio interinstitucional entre el Ministerio de Justicia, Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, Gendarmería, Servicio Nacional de Menores y Fundación Paz Ciudadana, y en él participan jueces de garantía. PÉREZ y REBOLLEDO (2017), p. 66.

40 FRÍAS y FRONTAURA (2018), pp. 753-757.

41 LARROUCAU *et al.* (2014), pp. 232 y 233.

42 JEQUIER (2018), pp. 68-71.

43 RIEGO y LILLO (2014), pp. 404-411.

B) Centros de justicia ciudadanos

Los CJC fueron un programa pensado como parte de la planificación estratégica del Poder Judicial para el período 2016-2020 que, a diferencia de las UJV, no se implementó en dicho lapso⁴⁴.

El enfoque de los CJC estuvo puesto en los grupos vulnerables o estructuralmente desaventajados (como las comunidades de pueblos originarios, migrantes, adultos mayores, personas con discapacidad, quienes viven en extrema pobreza y minorías sexuales) en los ámbitos civil, laboral, familiar y comunitario. La idea había sido comenzar con un asunto en particular: el conflicto escolar.

Los CJC consideraron una etapa preventiva centrada en el diálogo y una etapa transformativa enfocada en quien requiere la solución del conflicto: (1) la etapa preventiva incluía mesas ciudadanas que convocasen la participación de los diversos actores sociales, comenzando por aquellos vinculados con la educación y (2) la etapa transformativa, en tanto, venía precedida de una evaluación y derivación del caso por un equipo multidisciplinario que debía barajar diversos mecanismos adecuados de solución al conflicto, con un acento en la conciliación.

1.4. Asuntos no contenciosos

Los tribunales no solo conocen y deciden conflictos, sino que también deben pronunciarse sobre casos en que no hay controversia (art. 2° COT). En estos asuntos no contenciosos su participación constituye un resguardo para los intereses en juego, una especie de “administración pública de derecho privado”⁴⁵. De allí que el control judicial de estas solicitudes implique un examen jurídico más riguroso que el administrativo. Tal como lo planteaba M. E. BALLESTEROS:

“No desempeña el juez un papel absolutamente pasivo al ejercer la jurisdicción voluntaria (sic), ni se pueden confundir los actos que son propios de esa jurisdicción (sic) con las meras autorizaciones o certificaciones que corresponden a los escribanos i oficiales del Registro Civil”⁴⁶.

44 PODER JUDICIAL (2016), 113 pp.

45 BORDALI (2016), p. 125.

46 BALLESTEROS (1890), tomo I, p. 15.

Los asuntos no contenciosos son aquellos “que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre partes” (art. 817 CPC). Sus principales procedimientos son regulados en el Libro IV del Código de Procedimiento Civil de 1903.

En términos generales, el interesado tiene que presentar una solicitud ante el juzgado civil de su domicilio. El tribunal puede actuar, según los datos que necesita conocer, de plano, “con conocimiento de causa” o mediante “informaciones sumarias” (art. 818 CPC).

En cualquier caso, el tribunal debe apreciar “prudencialmente el mérito de las justificaciones y pruebas de cualquier clase que se produzcan” (art. 819 CPC).

Si ante la solicitud “se hace oposición por legítimo contradictor” (art. 823 inciso 1° CPC), el asunto se vuelve contencioso y continúa su tramitación según el procedimiento que corresponda.

La decisión judicial no produce cosa juzgada salvo que la solicitud sea acogida; por ende, si una solicitud es rechazada, puede ser revocada o modificada más adelante “variando las circunstancias” (art. 821 CPC).

Ha sido habitual que se proponga que algunos de estos asuntos sean de competencia de ciertos órganos administrativos. Así, por ejemplo, el Registro Civil podría hacerse cargo del cambio de nombre y de los asuntos relativos a la habilitación de incapaces; las notarías, por otro lado, podrían asumir las cuestiones relacionadas con la seguridad de ciertos negocios, como la insinuación en una donación. En el año 2012, por ejemplo, se planteó al Congreso que las notarías se hicieran cargo de la autorización para el cobro de las pensiones asistenciales, las informaciones para perpetua memoria y el extravío y reconstitución de una letra de cambio (Boletín N° 171-360).

En general, estas propuestas se presentan como un modo de descongestionar el trabajo judicial bajo la idea de que en estos casos el tribunal es un simple “buzón” de las solicitudes de los interesados, “sin que pueda emitir pronunciamientos realmente jurídicos”⁴⁷. Sin embargo, aunque este tipo de críticas pueda ser cierta en los hechos —ya que hay tribunales en donde las solicitudes no son estudiadas del modo que requieren—, ellas adolecen de

47 VIAL (2006), pp. 4-5.

una severa debilidad, por cuanto suelen provenir de una concepción reduccionista del trabajo judicial que lo limita a una solución de conflictos entre particulares sin tomar en cuenta el interés público involucrado en algunas de estas actuaciones no contenciosas y que hoy en día es lo que justifica que se las someta a un control judicial.

En otras palabras, el tema de la reforma a los asuntos no contenciosos no debería limitarse a la carga de trabajo de los tribunales o al modo en que ellos han cumplido con esta labor, aunque ambos aspectos son relevantes, ya que se trata de un problema sobre la legitimidad que requieren ciertas actuaciones que, en principio, no atañen a los intereses de otros particulares pero sí tienen un interés público.

La posibilidad de que sea los tribunales y no otros órganos los que participen de este control se funda, precisamente, en una noción amplia de la idea de conflicto y de la función jurisdiccional.

2. FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Jurisdicción y judicatura no son términos sinónimos. La jurisdicción denota una función; la judicatura, una organización⁴⁸.

En Chile, la función jurisdiccional recae en los “tribunales establecidos por la ley” o “Tribunales de Justicia” (art. 292 inciso final COT) y no en el Poder Judicial (art. 76 inciso 1° de la Constitución de 1980).

Esto ha llevado a sostener que en la justicia chilena “hay jueces, y ellos tienen autoridad, pero no hay un poder judicial”⁴⁹; esto es, que cada juez cuando conoce un caso “es el Poder Judicial”⁵⁰.

Esta fragmentación de la jurisdicción da pie a varios desafíos, entre los cuales se destaca uno de gran envergadura, cual es el de la división del poder. En efecto, a diferencia de otros sistemas jurídicos —como el de

48 El texto constitucional de 1980, por ende, cometió un error categorial cuando dispuso que “[los jueces] inferiores desempeñarán su respectiva judicatura por el tiempo que determinen las leyes” (art. 80 inciso 1° de la Constitución de 1980).

49 ATRIA (2004), p. 129.

50 BORDALÍ (2013a), p. 613.