

CAPÍTULO I LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

I. EXPLICACIÓN GENERAL

El concepto de presupuestos procesales fue expuesto por primera vez por el jurista alemán Óscar von Bülow (1837-1907), en su libro *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, publicado en 1868. Dicha monografía tiene el mérito de haber propuesto una explicación del proceso como una relación jurídica¹.

El referido trabajo fue capital para separar al derecho procesal del derecho civil.

El avance que supuso esta teoría fue superlativo, porque de ella se derivaron una serie de doctrinas sobre el derecho procesal de acción, se perfilaron relaciones entre derecho procesal y el derecho material, se fijaron los poderes del juez y de las partes en el proceso y se establecieron las respectivas obligaciones de los protagonistas del mismo².

Como toda relación jurídica, la de naturaleza procesal tiene unos requisitos de validez. Von Bülow definía a los presupuestos procesales como "las condiciones para la constitución de la relación jurídica procesal" o como "los requisitos a que se sujeta el nacimiento de aquella", o bien, "como las condiciones previas para la tramitación de toda relación procesal". Se

¹ VON BÜLOW, Oskar, *La Teoría de las Excepciones Procesales y de los Presupuestos Procesales*, tr. Miguel Ángel Rosas, Buenos Aires, E.J.E.A., 1964.

² Cfr. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, "Óscar Bülow", en *Juristas Universales*, Madrid: Marcial Pons (DOMINGO, Rafael, editor), t. III, pp. 452-454.

comprende bajo esta denominación aquellos elementos formales que se precisan para que una relación procesal surja válidamente. En su explicación originaria los llamados "presupuestos procesales" se referían a todo el proceso y condicionaban la existencia del mismo.

Pese al notable éxito que tuvo la teoría de Von Bülow, la doctrina procesal criticó su excesiva amplitud para definir a los presupuestos procesales. En lo medular, se objetó que ellos no serían del proceso, ya que en muchas ocasiones existía proceso aunque éste careciera de algún determinado requisito, resultando por lo mismo exagerado negar su existencia.

De acuerdo con la moderna orientación, se pueden definir los presupuestos procesales como aquellas circunstancias formales, establecidas por la ley procesal, que deben concurrir en el proceso para que sea posible la resolución sobre el fondo del asunto sometido a la consideración judicial, las cuales deben, además, observarse de oficio (esto último no se ha discutido de la tesis de Von Bülow)³.

Para la existencia de una relación procesal válida se exige sólo la observancia de los presupuestos procesales y no es necesario, en rigor, que exista la acción; si la acción existe, sólo en ese evento el actor tiene derecho a que el órgano jurisdiccional acceda a la tutela jurídica solicitada en el proceso. Por lo mismo, para que nazca la obligación del órgano jurisdiccional de pronunciarse sobre el fondo del asunto controvertido basta que la acción sea afirmada en la demanda. El planteamiento anterior se ve reforzado, cuando se puntualiza que el examen de las condiciones de la acción se debe realizar en la sentencia y no en una etapa anterior⁴.

Si se han cumplido los presupuestos procesales, al juez no le está permitido excusarse de resolver el asunto, dictando una *sentencia absolutoria de la instancia* fundada en sus dudas personales o en una carencia

³ Cfr. LÓPEZ SIMÓ, Francisco, *La jurisdicción por razón de la materia*, Madrid: Trivium, 1991, pp. 46 y ss.

⁴ En esta orientación cfr., MANDRIOLI, Crisanto, "Riflessioni in tema di 'petitum' e di 'causa petendi'", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1984, T. XXXIX, pp. 464-480.

de prueba, atendido que en el proceso civil moderno está abolido el *non liquet*⁵.

Dicho de otra forma, a la hora de pronunciarse sobre el fondo el juez puede adoptar sólo dos posiciones frente a la petición de tutela jurisdiccional: acoger o rechazar la demanda de protección jurídica, en ambos casos total o parcialmente. Si no cumple con esta obligación se estará frente a una omisión de la cuestión controvertida, que permitirá anular la sentencia por la causal de casación en la forma del artículo 768 N° 5 del CPC.

Desde el punto de vista de los jueces, el cumplimiento de su función como garante del Derecho se pretende asegurar mediante un conjunto de deberes, prohibiciones y un régimen de responsabilidad penal, civil y administrativa⁶. Dentro de ellos tiene un lugar relevante el indicado en el art. 319 del COT, que le impone la obligación de "despachar los asuntos sometidos a su conocimiento (...)", esto es, ir dándole curso progresivo a los autos conforme a las reglas del procedimiento aplicable.

Ese conjunto de deberes que tiene el juez como tercero imparcial evidencia que el proceso es una relación de derecho público.

Por otro lado, no se debe confundir el contenido del derecho de acción con los presupuestos procesales. Estos últimos son las exigencias formales imprescindibles para obtener un pronunciamiento sobre el fondo en una determinada relación procesal. En cambio, la acción es el derecho público subjetivo que permite obtener una sentencia sobre el fondo. La diferencia anterior consta, entre otras, en la sentencia de la Corte Suprema, de 3 de octubre de 2006, al señalar: "*Tercero. Que en el primer capítulo del recurso de casación se ha planteado una cuestión adjetiva de carácter procesal como lo es la legitimación en juicio, en el caso de autos, la legitimación activa, por lo que resulta imperioso dirigir una mirada a los principios dogmáticos que gobiernan la materia; Sobre el particular, se dirá, en primer término que la acción, en el orden de los principios, es un derecho subjetivo autónomo dirigido a obtener una determinada*

⁵ Sobre el tema en el derecho histórico, TOPASIO FERRETTI, Aldo, "Las Facultades del juez en la historia del derecho hispánico y chileno", RCS, Universidad de Valparaíso, N° 24, 1984, pp. 211 y ss.

⁶ Arts. 311 al 331 COT.

resolución jurisdiccional, favorable a la petición del reclamante. Con esta mira, cabe distinguir las condiciones para el ejercicio de la acción y aquellas requeridas para obtener una sentencia favorable. La ausencia de alguna de las condiciones de fondo, determinará el rechazo de la demanda en la sentencia; pero, entretanto, la acción se habrá ejercitado y producido sus efectos dentro del proceso. Pero no basta la presencia de los elementos de la acción para que sea favorablemente acogida por la sentencia. Desde luego que ellos son indispensables, pero la sentencia parte del supuesto de una relación procesal válida, y, además, que la pretensión del actor esté amparada por una norma legal. Por lo tanto, para que el actor triunfe en su demanda, se requiere las siguientes condiciones: 1) derecho, o sea una norma de la ley que garantice al actor el bien que pretende; 2) calidad, o sea la identidad de la persona del actor con la persona favorecida por la ley; 3) Interés, de conseguir el bien mediante la intervención del órgano público⁷.

2. CLASIFICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Aunque la noción técnica de presupuestos procesales es de aceptación común, no existe acuerdo en la doctrina para señalar cuáles son.

Algunos autores proponen distinguir entre presupuestos de existencia y presupuestos de validez o procesabilidad. La diferencia fundamental entre unos y otros radica en la sanción que se debe aplicar por su omisión en la relación procesal; en los de validez la ineficacia es la nulidad procesal; en los de existencia, como su nombre lo indica, si faltan conllevan la inexistencia de la relación procesal⁸.

El problema de su determinación se produce por la dificultad que surge en algunos casos, para distinguir entre presupuestos procesales y los óbices, impedimentos u obstáculos procesales.

⁷ CS, de 3 de octubre de 2006, Rol N° 5557-2004, Westlaw Chile 3240/2006.

⁸ Cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, Torino: Giapichelli, 2000, pp. 36-37.

Efectivamente, en la práctica se dan situaciones en las que el juez queda impedido de pronunciar una sentencia de fondo, no obstante que concurren todos los presupuestos procesales. Los ejemplos más típicos se dan cuando se acoge una excepción de litispendencia, de cosa juzgada o el beneficio de excusación del fiador.

Sin perjuicio de las legítimas diferencias doctrinales que existen para delimitar los presupuestos procesales, un criterio comúnmente aceptado distingue tres grupos:

1°) Presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional

a) La jurisdicción de los tribunales, también designado como "competencia judicial internacional".

b) La competencia.

c) La imparcialidad del juzgador.

2°) Presupuestos procesales relativos a las partes

a) La capacidad procesal.

b) La postulación procesal (patrocinio y poder).

c) La representación.

3°) Presupuestos procesales relativos al procedimiento

a) La aptitud formal de la demanda.

b) El emplazamiento legal del demandado.

c) La adecuación del procedimiento a la acción objeto del proceso.

d) El agotamiento de la vía administrativa previa.

Aunque nuestra legislación no se refiere a los presupuestos procesales, su reconocimiento está implícito en las disposiciones que reglamentan las exigencias de la relación procesal.

3. EL PROCESO COMO UNA RELACIÓN JURÍDICA

La explicación del proceso como una relación jurídica es la que cuenta con el mayor número de adeptos. Sin embargo, no existe completo acuerdo sobre todos los aspectos que ella involucra⁹.

En una apretada síntesis, sin considerar los matices o las divergencias entre las distintas explicaciones, los rasgos más relevantes de esta propuesta sobre el proceso como relación jurídica se pueden resumir en los siguientes puntos:

1º) El proceso genera una relación autónoma, atendido que nace y se desarrolla con independencia de la relación de derecho material, cuya discusión pueda formar parte del objeto del proceso. Los requisitos para que se ésta se desarrolle se vinculan con los denominados presupuestos procesales.

El carácter autónomo de esta relación, entre otras, ha sido reconocido por la Corte Suprema en la sentencia de 6 de mayo de 1993, al señalar: "3º) *Que en todo proceso se distinguen con claridad dos tipos de relaciones jurídicas. La primera es procesal y liga a las partes con el tribunal, con el objeto de que el proceso cumpla con sus fines, y la segunda, sustancial o material, pues dice relación con el derecho de fondo que invoca el actor en su demanda en contra del demandado*".

*"La relación procesal se vicia por el fallo de los presupuestos procesales, como la jurisdicción, competencia absoluta, capacidad procesal o por algún defecto que anule el procedimiento, pero no sufre daño por algún vicio que pudiere tener la relación jurídica sustancial, que es autónoma de la primera"*¹⁰.

⁹ Para una síntesis de las diversas teorías, entre otros, cfr. PICARDI, Nicola, *La successione processuale, oggetto e limiti*, Milán: Giuffrè, 1964, pp. 25-78 (con observaciones críticas acerca de la teoría de la relación procesal); DE LA OLIVA, Andrés (con DIEZ-PICAZO, Ignacio), *Derecho Procesal Civil*, Madrid: Ramón Areces, 1ª reimp. 2003, pp. 19-30; HOYOS HENRECHSON, Francisco, *Temas Fundamentales de Derecho Procesal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987, pp. 149-167; MANDRIOLI, Crisanto, *Corso de diritto processuale civile*, Torino: Giappichelli, 1991, I, pp. 39-40.

¹⁰ C. de Ap. de Santiago, 6 de mayo de 1983, RDJ, t. LXXX, sec. 2ª, p. 41.

En su desenvolvimiento, la relación procesal se va ejecutando mediante una serie de actos procesales del juez, de las partes o terceros.

La autonomía también explica que exista un sistema de ineficacias jurídicas que difieren en muchos aspectos de las que se aplican en el ámbito del derecho civil, como ocurre, de un modo nítido, con la nulidad procesal, que puede ser alegada como regla general mientras exista proceso (*in limine litis*)¹¹.

2º) Es una relación compleja, atendido que abarca un conjunto indefinido de derechos, obligaciones y cargas procesales que alcanzan al juez, las partes y, eventualmente, a los terceros que intervengan en ella¹². Así, para el juez surge la obligación de dar curso al respectivo procedimiento, resolviendo las peticiones de las partes, recibiendo las pruebas, dictando las resoluciones de trámite, etc. Para las partes, surgen derechos, deberes y cargas que deben ejercitar o utilizar oportunamente con todas las consecuencias que de ello se acarrea.

3º) Es fundamentalmente una relación de derecho público, pero sin anular la manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes en los casos que la ley admite.

4º) Es una relación dinámica, que se va desarrollando según lo establecido por la ley en las distintas instancias o grados jurisdiccionales previstos por la ley al reglamentar el sistema de impugnación.

¹¹ Sobre la definición de acto procesal y sus formas de ineficacias jurídicas procesales, la sentencia de la CS, de 4 de mayo de 1990, señala que "(...) el acto jurídico procesal se define generalmente como aquel acto jurídico cuyos efectos se producen en el proceso. Estos actos pueden ser realizados por el tribunal o por sus auxiliares, por las partes y excepcionalmente por terceros. Para que estos actos produzcan efectos, es menester que sean eficaces de gestar las consecuencias jurídicas que la ley para cada caso señala y lo serán todas, salvo aquellas a las que la propia norma afecte por una causal de ineficacia que les haga perder su mérito jurídico". El mismo fallo luego agrega (...) que las sanciones de ineficacia de los actos procesales son la inexistencia, la nulidad procesal, la preclusión y la inoponibilidad (CS, 04 de mayo de 1990, Rol N° 12686, LegalPublishing N° 10968).

¹² No existe unanimidad en la doctrina para explicar cómo y entre quiénes se configura la relación jurídica procesal (si es entre juez, el actor y el demandado; si solo entre las partes; entre el juez y las partes, etc.).

Normalmente, se inicia con el ejercicio del derecho de acción, pero también puede surgir una relación procesal antes, si se realiza alguna de las actuaciones prejudiciales para preparar el futuro juicio, anticipar pruebas o adoptar medidas prejudiciales precautorias.

La circunstancia que en esa actividad previa a la deducción de la demanda no se juzgue aún sobre el fondo de una controversia, no obsta para estimar el surgimiento de la relación procesal, que no puede ser confundida con el juicio en sentido estricto.

La relevancia de la doctrina de la relación jurídica radica en haber logrado la autonomía del derecho procesal, permitiendo el desarrollo de esta rama del derecho fundada en sus propios principios e instituciones, que desde más de un siglo se han estudiado sobre la base de la acción, la jurisdicción y el proceso¹³.

Es en torno a estos conceptos fundamentales donde se han podido ir desarrollando cuestiones tan relevantes como el estudio de las partes, de las relaciones entre las acciones, la legitimación, los efectos de la cosa juzgada, la protección cautelar o anticipada del derecho, el proceso de ejecución de las obligaciones, la tutela de los intereses difusos y colectivos, y por cierto, el estudio del contenido de los presupuestos procesales.

¹³ Constituye un hito en esta materia la conocida prolusión de Bolonia, discurso magistral leído por Giuseppe Chiovenda el 3 de febrero de 1903, *sobre la acción en el sistema de los derechos*. Este gran jurista italiano —de sólida formación romanista— sentó las bases para el progreso del derecho procesal científico, que sería desarrollada luego con la conocida “trilogía estructural” de la acción, el proceso y la jurisdicción. Este trabajo invitó a un profundo cambio metodológico, permitiendo que emergieran problemas que antes no habían sido contemplados. En palabras del propio Chiovenda: “Exteriormente considerado el proceso civil se nos presenta como una serie de actos de las partes o de los órganos jurisdiccionales o de terceras personas, que se realizan en un determinado orden, en ciertos términos y modos (procedimiento en sentido estricto, formas procesales). Más íntimamente considerado, el mismo se presenta como una relación jurídica, Estado que lo destina al oficio de administrar la justicia; en virtud de este oficio el juez debe, concurriendo determinadas condiciones (presupuestos procesales), proveer sobre las demandas de las partes, aceptándolas o rechazándolas. Finalmente, contemplado todavía más a fondo, el proceso civil es el medio con el cual, aplicando la ley, se acuerda la tutela jurídica a una de las dos partes...”. (CHIOVENDA, José, “La acción en el sistema de los derechos”, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, B. Aires: Bosch, 1949, I, p. 39, not. 2).

LOS PRESUPUESTOS PROCESALES RELATIVOS AL ÓRGANO JURISDICCIONAL

que había absuelto una consulta sobre un juicio, fuera obligado a fallarlo por cuanto no lo había hecho con conocimiento de causa, es decir, después de leer los autos de la materia²²⁸.

En sentido negativo, se ha resuelto que no configura esta inhabilidad si los jueces de un tribunal de alzada, al hacer uso de una facultad de orden legal, ordenan que el juez competente complete su sentencia, al haber omitido pronunciarse sobre algunas excepciones opuestas en la litis, atendido que ello no es un dictamen sobre el fondo²²⁹.

6. EL PROBLEMA DE LA RECUSACIÓN POR MOTIVO IDEOLÓGICO

La inhabilitación del juez por motivos ideológicos parte de la base que el modelo de un juez neutro, apolítico, cuya vinculación exclusiva con el Derecho es un arquetipo idílico o que en ciertos casos derechamente se pone a prueba, con todo lo que ello implica para la garantía de la independencia e imparcialidad.

La posibilidad de contemplar una eventual inhabilitación por motivos ideológicos es una tarea compleja, ya que presenta el inconveniente de precisar cuáles son los hechos externos a los que de un modo ostensible y objetivo podrían dar base para esta recusación²³⁰.

Asimismo, este tipo de inhabilidades podría llevar a situaciones extremas, que paralicen el funcionamiento del órgano jurisdiccional, generando una

²²⁸ BALLESTEROS, Manuel E. *La Ley de Organización e Atribuciones de los Tribunales de Chile*, ob. cit. t. II, p. 339.

²²⁹ CS, 19 de octubre de 1965, RDJ, t. LXII, sec. 1ª, p. 379.

²³⁰ En la doctrina italiana, cuyo derecho positivo admite la participación política de los jueces, se ha planteado este problema. En un trabajo de Romboli se concluye que no se debe aceptar una recusación por motivos ideológicos, básicamente, por lo siguiente: a) se está dejando a otro juez calificar la cuestión, imponiendo en definitiva su convicción; b) por el necesario pluralismo que debe existir en un Poder Judicial democrático; c) los derechos a tener ideales políticos caen dentro de la libertad de conciencia que garantizan las constituciones. (Cfr. ROMBOLI, Roberto, "L'interesse politico come motivo di ricusazione", en *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1982, vol., XXXVII, pp. 454-480; otro aporte, cfr. LACASTA ZABALA, José, "Decisión judicial e incidente de recusación por motivos ideológicos", en *Anuario de Filosofía*, Madrid, 1984, T. I, pp. 109-127).

situación de discriminación que es inaceptable en un sistema democrático. En efecto, la ideología, que es el conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona, conforma una realidad que estará siempre presente en la actividad jurisdiccional.

Como se explicaba, en nuestro ordenamiento el legislador ha optado por establecer un estatuto que, en el plano ideal, debería llevar a contar con jueces alejados de la contingencia política y del compromiso partidista o de lucha ideológica (arts. 323 al 323 Ter del COT). A través de estas incompatibilidades y prohibiciones el legislador considera que se pueden salvar las dificultades que podrían provenir del compromiso ideológico. Complementa lo anterior la Ley Orgánica de Partidos Políticos N° 18.603, que dispone el cese de pleno derecho a esas instituciones a las personas que ingresen a cualquier Escalafón del Poder Judicial (art. 18 inc. 2°).

Para el contenido de la garantía de la imparcialidad del juzgador la necesidad de considerar esta causal se hace patente cuando las creencias del juez no coinciden con lo que el Derecho le obliga a declarar para el caso concreto, ya que podría querer sacrificar la justicia de la decisión por su convicción personal. Por ejemplo, el juez que es partidario de una ideología que proclama la superioridad de una determinada raza podría llegar a desconocer los derechos de personas por su sola pertenencia a una etnia, que, desde sus creencias, no tienen la calidad de sujeto de derecho.

Nuestro ordenamiento no contempla una causal de inhabilitación por motivo ideológico. La única inhabilitación que podría permitir intentar este control es la relativa al "interés personal" del juez, naturalmente que fundada en elementos externos objetivos (art. 195 N° 1 COT).

7. TRATAMIENTO PROCESAL DEL PRESUPUESTO DE LA IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR

7.1. La inhabilitación como acto procesal de la parte o del juez

Para proceder a declarar la inhabilitación de un juez afectado por una causal de implicancia o de recusación se ha previsto una especial regulación de este acto procesal a través de un incidente especial en el Código de Procedimiento Civil (Título XII Libro I, arts. 113 al 128).

Los rasgos esenciales de este instrumento son:

1º) La inhabilitación se debe solicitar invocando alguna causal legal. Si la causa alegada no es legal, o no la constituyen los hechos en que se funda, o si éstos no se especifican debidamente, el tribunal que deba conocer de este incidente desechará desde luego la solicitud (art. 119 CPC). El sujeto legitimado para formular esta pretensión es la parte que está afectada por la situación que configura legalmente una inhabilitación²³¹.

La implicancia de los jueces puede y debe ser declarada de oficio o a petición de parte. La recusación sólo podrá entablarse por la parte a quien, según la presunción de la ley, puede perjudicar la falta de imparcialidad que se supone en el juez (art. 199 COT).

El juez debe declarar su implicancia de oficio y poner en conocimiento de las partes la existencia de una eventual causal de recusación. En este último caso la parte que quiera inhabilitarlo tiene el plazo de 5 días para promover el incidente, bajo sanción de tenerse por renunciada la causal si no lo hace (art. 125 CPC)²³².

2º) La implicancia de un juez que desempeñe un tribunal unipersonal se hará valer ante el mismo, expresando la causal legal en que se apoya y los hechos en que se funda, acompañando u ofreciendo presentar las pruebas necesarias y pidiéndole se inhiba del conocimiento del negocio (arts. 115-116 COT y 202 COT).

De la implicancia de jueces que sirven en tribunales colegiados conocerá el tribunal mismo con exclusión del miembro o miembros de cuya implicancia se trata (art. 203 COT).

De la recusación de un juez de letras conocerá la Corte de Apelaciones.

²³¹ CS, 15 de mayo de 1981, RDJ, t. LXXVIII, sec. 1ª, p. 85.

²³² CS, 2 de enero de 2006, RDJ, t. CIII, sec. 1ª, p. 33.

De la de uno o más miembros de una Corte de Apelaciones conocerá la Corte Suprema.

De la de uno o más miembros de la Corte Suprema conocerá la Corte de Apelaciones de Santiago (art. 204 COT).

3º) La parte que quiera promover la recusación o declarar la implicancia de un juez debe consignar una suma de dinero en la cuenta corriente del tribunal que debe conocer de la petición de inhabilitación, para responder de la multa que pueda aplicarse si desecha tal petición (art. 118 CPC).

4º) El momento para solicitarla lo determina el artículo 114 del CPC: "La declaración de implicancia o de recusación cuando haya de fundarse en causa legal, deberá pedirse antes de toda gestión que ataña al fondo del negocio, o antes de que comience a actuar la persona contra quien se dirige, siempre que la causal exista ya y sea conocida de la parte"²³³.

"Si la causa es posterior o no ha llegado a conocimiento de la parte, deberá ponerla tan pronto como tenga noticia de ella. No justificándose esta última circunstancia, será desechada la solicitud, a menos que se trate de una implicancia. En este caso, podrá el tribunal imponer a la parte que maliciosamente haya retardado el reclamo de la implicancia una multa que no exceda de un sueldo vital".

5º) La parte que promueve el incidente debe instar por su tramitación, realizando todas las gestiones pertinentes para que sea resuelto, bajo la sanción de ser declarado abandonado de oficio por el tribunal que conoce del incidente, con citación del recusante (art. 123 CPC)²³⁴.

²³³ Sobre el deber de reclamar inmediatamente, C. de Ap. de Concepción, 8 de abril de 1910, RDJ, t. VIII, sec. 2ª, p. 75. Con todo, también hay situaciones especiales, como ocurre con el proceso para la protección de los derechos de los consumidores. En ese ámbito la C. de Ap. de Santiago, en sentencia de 15 de septiembre de 1998, resolvió que no existe este límite temporal para la inhabilitación de los árbitros nombrados en un contrato de adhesión, regido por la Ley de Protección al Consumidor (RDJ, t. XCV, sec. 2ª, p. 67).

²³⁴ CS, 10 de mayo de 1955, RDJ, t. LII, sec. 1ª, pp. 92-93; CS, 13 de noviembre de 1939, RDJ, t. XXXVII, sec. 1ª, p. 431; CS, 23 de mayo de 1935, RDJ, t. XXXII, sec. 1ª, p. 373.

6°) Las sentencias que se dicten en los incidentes sobre implicancia o recusación serán inapelables, salvo la que pronuncie el juez de tribunal unipersonal desechando la implicancia deducida ante él, aceptando la recusación en el caso del art. 124 o declarándose de oficio inhabilitado por alguna causal de recusación (art. 126 inc. 1° CPC)²³⁵.

7°) Cuando sean varios los demandantes o los demandados, la implicancia o recusación deducida por alguno de ellos no podrá renovarse por los otros, a menos de fundarse en alguna causa del recusante. La recusación y la implicancia que deban surtir efecto en diversos juicios de las mismas partes, podrán hacerse valer en una sola gestión (arts. 127 y 128 CPC).

7.2. La recusación amistosa

Un mecanismo alternativo y más simplificado que el antes descrito es el de la denominada recusación amistosa. En este caso la parte afectada por una inhabilidad puede intentar la inhabilitación de la forma indicada en el art. 124 del CPC: "Antes de pedir la recusación de un juez al tribunal que debe conocer del incidente, podrá el recusante ocurrir al mismo recusado, si funciona solo, o al tribunal de que forme parte, exponiéndole la causa en que la recusación se funda y pidiéndole la declare sin más trámite"²³⁶.

Esta modalidad en ningún caso constituye una vía de escape para que el juez cese libremente en sus funciones, atendido que el sistema de inhabilitación descansa en la existencia de causal legal y tasada.

En la práctica, se solicita al juez una audiencia para explicar esta situación e invitar a que se recuse por existir la causal. Por eso se conoce como "recusación amistosa". Si una vez que toma conocimiento del tema señala que no lo hará, la parte puede formular su petición promoviendo la inhabilitación.

²³⁵ C. de Ap. de Santiago, 7 de julio de 2004, RDJ, t. CI, sec. 2ª, pp. 49-51.

²³⁶ 202 Se ha resuelto que la recusación amistosa no constituye un incidente (CS, 4 de junio de 1940, RDJ, t. XXXVIII, sec. 1ª, p. 101).

7.3. Efectos de la inhabilitación

El efecto normal de la recusación y de la implicancia, si prosperan, es la separación del juez del conocimiento del litigio²³⁷.

El art. 194 del COT establece que "los jueces pueden perder su competencia para conocer determinados negocios por implicancia o por recusación declaradas, en caso necesario, en virtud de causales legales".

Cuando lo anterior acontece, se sustituye a ese juez por otro, conforme a las reglas legales de subrogación e integración (Título VIII, arts. 206 al 221 COT).

Lo anterior significa que la causa sigue siendo conocida por otro juez de la misma jerarquía y competencia legal, respetando el contenido elemental de la *perpetuatio iurisdictionis* antes examinada.

8. LA RECUSACIÓN DEL ABOGADO INTEGRANTE

La figura del abogado integrante está regulada a propósito de los tribunales superiores (Título VIII del COT, arts. 215-221). Para conformar sala en los casos que un ministro no pueda concurrir a integrar el tribunal, existe en cada tribunal colegiado una lista con los abogados integrantes que se llaman por orden de designación a integrar el tribunal colegiado si el tribunal no puede funcionar con ministros titulares, suplentes o interinos. El artículo 219 del COT señala el número de estos abogados en la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones, y la forma de designación. El artículo 221 fija su forma de remuneración.

Esta figura, a nuestro entender, puede comprometer severamente la independencia y la imparcialidad del juzgador por varias razones. La circunstancia que puedan entrar a intervenir en la decisión de los conflictos abogados que no forman parte de la carrera judicial puede generar más de

²³⁷ Se trata de una inhabilitación que si se declara de un auxiliar de la administración de justicia, le impide ejercer el cargo de juez en la causa donde fue inhabilitado (C. de Ap. de Talca, 22 de abril de 1953, RDJ, t. L, sec. 2ª, p. 59).

un conflicto para la plena observancia de la garantía que estamos examinando.

El problema más evidente se da cuando se trata de abogados integrantes que tienen un ejercicio profesional activo, ya sea como asesores o como litigantes. En tales casos podrían, tal vez sin advertirlo, concurrir a resolver algún asunto portando algún interés que predetermine su decisión a favor de una de las partes. Es una evidente contradicción que nuestro sistema prohíba a los jueces de un modo radical el ejercicio de cualquiera actividad vinculada a la abogacía (arts. 316 y 317 COT), y luego autorice que abogados con ejercicio profesional activo integren las instancias de decisión jurisdiccional.

Como mecanismo de protección de las partes, la ley permite la recusación amistosa de estos abogados integrantes o también la inhabilitación sin expresión de causa (arts. 124 CPC y 198 COT)²³⁸. Sin embargo, este último derecho tiene límites, puesto que puede ejercerse sólo una vez para cada parte, generando una situación de riesgo cuando se agotó el derecho a inhabilitar sin causa²³⁹. Con ese límite sólo el abogado que fue inhabilitado queda impedido de entrar a conocer del asunto, pero ello no obsta a que pueda concurrir otro, surgiendo el riesgo que conlleva esta figura.

Aunque para recusar basta con presentar el escrito pagando el impuesto pertinente, se debe tomar la precaución de consultar el día de la vista "el anuncio" (art. 165 CPC), que asegure que esa causa no se verá ese día. Lo anterior se hace obligatorio, atendido lo dispuesto en el inc. final del art. 113 del CPC, que admite conformación de salas no ministros o abogados no inhabilitados para conocer de la causa donde se ejerció el derecho a recusar. Son muchos los casos de abogados que no han alegado sus causas, pensando que bastaba con recusar al integrante. El error profesional referido se explica por no haber advertido que el Presidente de la respectiva Corte,

²³⁸ Se ha declarado que basta que se promueva la recusación para que produzca efecto, sin necesidad que se dicte una declaración explícita del tribunal del que forma parte (CS, 19 de julio de 1966, RDJ, t. LXIII, sec. 1°, p. 268; CS, 26 de abril de 1920, RDJ, t. XVIII, sec. 1°, pp. 499-500).

²³⁹ CS, 15 de julio de 1986, RDJ, t. LXXXIII, sec. 2°, pp. 94-96; CS, 20 de mayo de 1970, RDJ, t. LXVII, sec. 4°, p. 181.

de oficio o a petición de causa, siempre podría "formar sala", naturalmente, sin la presencia del abogado que fue inhabilitado por una de las partes.

Aunque la casuística puede ser amplia, dentro de las situaciones más conflictivas en la actuación de los abogados integrantes están:

a) El riesgo que no actúe con el *desinterés objetivo* que es propio de la jurisdicción. La forma de designación de estos singulares jueces, con una alta participación de la autoridad política, podría llevarlos a que sus decisiones sean sintonizadas con los intereses del gobierno que los nominó para no arriesgar su futura designación, especialmente, cuando deben conocer causas donde se discute acerca de la juridicidad de alguna política pública de la Administración del Estado.

b) Que no se considere adecuadamente la incompatibilidad que existe entre la actividad de juez y la de abogado. Por definición, el abogado defiende los derechos e intereses legítimos de una de las partes, a diferencia de un juez, que es un tercero imparcial llamado a resolver un conflicto determinado. La circunstancia que el integrante ejerza su rol de abogado puede determinar que cuando venga a decidir un conflicto se deje llevar por algún interés particular análogo al que está resolviendo privadamente, anticipando una tesis que luego pasará por el mismo control judicial. Para que esto no ocurra, el art. 198 del COT ha dispuesto que "además de las causales de implicancia o recusación de los jueces, que serán aplicables a los abogados llamados a integrar la Corte Suprema o las Cortes de Apelaciones, será causal de recusación respecto de ellos la circunstancia de patrocinar negocios en que se ventile la misma cuestión que debe resolver el tribunal".

c) También cabe destacar el conflicto de interés que puede suscitarse entre la figura del abogado integrante y los del estudio profesional al que puede pertenecer como asociado o socio. Es un hecho indiscutido que en los últimos decenios en el desempeño de la abogacía se han acentuado formas de organización vinculadas a estudios jurídicos. Esta realidad ha obligado a replantear el enfoque tradicional de la inhabilitación del abogado integrante. Parece razonable que se solicite la exclusión del abogado integrante por tener interés personal en el pleito, si dicha situación se vincula, objetivamente, con el estudio jurídico al que pertenece. Tales conflictos surgirán, por ejemplo, cuando su actuación en la decisión de un caso pueda implicar la defensa de

un interés económico que, como socio o miembro de un estudio, se pueda estar defendiendo mediante su participación en la vista de la causa; también cuando sea portador de un interés profesional que resulte incompatible con la función de decidir el caso concreto que se somete a su juzgamiento.

En la jurisprudencia admite la situación antes descrita la sentencia de la Corte Suprema, de 13 de noviembre de 2007, que acogió la inhabilitación de un abogado integrante, que tenía vínculos profesionales con un Banco, sin que ello le llevara a inhabilitarse en el conocimiento de una causa donde esa entidad era parte²⁴⁰.

d) En la figura del integrante revive con mayor fuerza la eventual inhabilitación por motivos ideológicos. Como a ellos no se les aplican las prohibiciones previstas para los jueces en torno a la abstención de participar en la política contingente, es manifiesto que surge otro campo de conflictos para que se respete el derecho a la imparcialidad del juzgador. El mayor riesgo de esta infracción proviene de la nominación como integrante de ex funcionarios de gobiernos anteriores o en ejercicio (Ministros de Estado, seremis, jefes de servicio, etc.), que participan en decisiones donde se controlan actos de la administración de la que formaron parte por militancia partidista o simpatía ideológica.

9. LA PROTECCIÓN JURÍDICA A LA GARANTÍA DE LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

Como se ha explicado, la inhabilitación de los jueces por las causales de implicancia o recusación actúa en forma preventiva, evitando que un

²⁴⁰ CS, 13 de noviembre de 2007, Rol 4530-07, MJ 16037 (Quinto: Que, de lo anterior se sigue entonces que quienes defienden los derechos e intereses de otro, judicial o extrajudicialmente, en una o más causas, necesariamente habrán de contar en su decisión con razones extrañas o ajenas al Derecho para resolver un caso en que sea llamado a pronunciarse judicialmente. Y esto, aun cuando en dicho caso no ostente en forma expresa mandato alguno.- Lo anterior constituye sin duda la situación de doña MVV, Abogado Integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago, tanto más si se consideran el volumen de defensas que el incidentista atribuye a la recurrida y el tiempo durante el cual ellas han tenido lugar a saber, "más de nueve mil trescientas causas en un período de tan sólo diez años" ", afirmación no contradicha, desconocida ni corregida por la recurrida" (...)). Acogiendo esa inhabilitación, se declaró la nulidad de la vista de una causa.

juez respecto del que existe el riesgo de una actuación parcial decida el objeto del proceso.

Sin embargo, podría ocurrir que el mecanismo preventivo no actúe, permitiendo que un juez afectado con alguna inhabilitación participe en una decisión, vulnerando la garantía de la imparcialidad.

No se requieren mayores explicaciones para demostrar que la falta de imparcialidad del juez es una de las actuaciones más graves que pueden ocurrir dentro del desarrollo de un proceso, al punto que desnaturaliza la esencia de la función jurisdiccional. Las manifestaciones de esta deplorable situación pueden ir desde la aceptación de dádivas o regalos para fallar a favor a una de las partes hasta actuaciones procesales que revelan un comportamiento incompatible con el contenido de esta garantía. Por ejemplo, que en una audiencia el juez se permita dar consejos a una de las partes de cómo debe actuar para obtener una victoria judicial, con abierto menosprecio por los derechos de la parte contraria.

Como hemos explicado, nuestro legislador ha previsto un mecanismo que actúa preventivamente, a través del sistema de inhabilitación por implicancia o recusación. Pero también existe la posibilidad de un control *a posteriori*, cuando el perjuicio ya se ha ocasionado a la parte con la actuación del juez parcial.

Sin perjuicio de lo que examinaremos al estudiar el tema de la cosa juzgada fraudulenta, anticipemos que la impugnación de la sentencia dictada por un juez parcial tiene una serie de limitaciones. En primer lugar, el artículo 331 del Código Orgánico de Tribunales dispone que "ni en el caso de responsabilidad criminal ni en el caso de responsabilidad civil la sentencia pronunciada en el juicio de responsabilidad alterará la sentencia firme".

Afortunadamente la solución anterior ha sido matizada por la acción de revisión que se puede deducir contra una sentencia firme, cuando ella se ha obtenido por fraude. Para tal efecto, el artículo 810 N° 3 del CPC admite que la Corte Suprema pueda revisar una decisión judicial firme: "si la sentencia firme se ha ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia haya sido declarada por sentencia de término".

Con todo, se debe considerar que la acción de revisión es un remedio excepcional, tal como lo afirma la sentencia de la Corte Suprema de 12 de noviembre de 1952, "... siendo la norma general en nuestra legislación el respeto a la cosa juzgada y el cumplimiento de lo resuelto en sentencia firme, las disposiciones sobre revisión de sentencias que han adquirido este carácter constituyen reglas de excepción, que tienen aplicación limitada a los casos taxativamente señalados en ellas"²⁴¹.

Después de esta explicación general, veamos qué instrumentos podrían ayudar a corregir la infracción a la garantía de la imparcialidad del juzgador.

9.1. La protección por vía de nulidad

Nuestro legislador tiene contemplada una causal de nulidad de la sentencia dictada con infracción a la garantía de la imparcialidad. El art. 768 del CPC dispone que es causal del recurso de casación en la forma: "2°. En haber sido pronunciada por un juez, o con la concurrencia de un juez legalmente implicado o cuya recusación esté pendiente o haya sido declarada por el tribunal competente".

Para que esta forma de auxilio pueda impetrarse es indispensable que se haya ejercido por el afectado el derecho a inhabilitar al juez a través del sistema antes explicado.

Como una limitante a esta declaración de nulidad, se ha resuelto que si la causa se vio con un ministro que había sido inhabilitado previamente, y se confirma el recurso por los dos ministros, no se configura la causal de nulidad de la sentencia del art. 768 N°s. 1 y 2 del CPC²⁴².

9.2. La protección disciplinaria

La defensa de la imparcialidad mediante la responsabilidad administrativa requiere como supuesto que un juez haya cometido una falta o un

²⁴¹ CS, 12 de noviembre de 1952, RDJ, t. LIX, sec. 1°, p. 390.

²⁴² CS, 4 de enero de 1999, RDJ, t. XCVI, sec. 1°, pp. 1-3.

abuso en el ejercicio de su ministerio, que incida en el contenido esencial de dicha garantía procesal.

Si lo anterior ocurre, las partes pueden utilizar cualquiera de los instrumentos de control disciplinario, a saber²⁴³:

1°) *La queja*. Se trata de una simple acusación deducida por un justiciable ante el superior jerárquico del tribunal que se trata de sancionar (art. 536 COT);

2°) *El recurso de queja*. Se trata de un recurso jurisdiccional que tiene por finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional (art. 545 del COT);

3°) *Ejerciendo el derecho de petición ante el Ministro Visitador*. En este caso la parte afectada con la actuación del juez parcial pondrá en conocimiento del Ministro Visitador la irregularidad que atenta contra la garantía de la imparcialidad²⁴⁴.

9.3. La protección penal

La protección penal de la imparcialidad se podrá hacer efectiva cuando un juez haya cometido alguno de los delitos que sancionan al juez parcial o venal.

Para tal efecto, el artículo 324 del COT dispone que "el cohecho, la falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, la denegación y torcida administración de justicia, y, en general, toda prevaricación o grave infracción de cualquiera de los deberes que las leyes imponen

²⁴³ La denominada jurisdicción disciplinaria está reglamentada en el Título XVI, artículos 530 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, en relación al art. 83 de la CPR. Se trata de un tipo de responsabilidad que se puede hacer efectiva de oficio por el tribunal superior jerárquico o a petición de parte.

²⁴⁴ Conjuntamente con esos instrumentos la ley encomienda al Ministerio Público Judicial una labor de vigilancia en las actuaciones de los miembros del Poder Judicial, excepto a los miembros de la Corte Suprema (art. 353 N°s. 1 y 3 COT), con el fin de que se haga efectiva la responsabilidad disciplinaria. También a los relatores se les encarga controlar el buen comportamiento de los jueces en su labor profesional, cuestión que pueden hacer por la vía de la revisión de los expedientes, denunciando las faltas o abusos que notaren en los procesos (art. 373 inc. 1° COT).

a los jueces, los deja sujetos al castigo que corresponda según la naturaleza o gravedad del delito, con arreglo a lo establecido en el Código Penal²⁴⁵.

En general, la vulneración de la imparcialidad se da directamente cuando se comete el delito de cohecho, que es sinónimo de soborno. Ello produce cuando se corrompe al juez para conseguir una acción o una omisión en un pronunciamiento judicial.

En forma indirecta también se puede dar esta infracción a la garantía de la imparcialidad en el caso del delito de prevaricación, que se tipifica cuando se dicta una resolución de manifiesta injusticia mediando un incumplimiento malicioso o por ignorancia inexcusable en la función judicial.

Conforme lo establece el inciso 2° del art. 79 de la CPE, tratándose de los miembros de la Corte Suprema, la ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad. A su vez, el inciso 2° del artículo 324 del COT dispone que los miembros de la Corte Suprema, sin embargo, no responderán penalmente en lo relativo a la falta de observancia de las leyes que reglamentan el procedimiento ni en cuanto a la denegación ni a la torcida administración de justicia.

El régimen de exención de responsabilidad penal por delitos ministeriales previsto para los magistrados de la Corte Suprema se ha justificado en los siguientes términos: *"no es sostenible que en las resoluciones de la Corte Suprema pueda infringirse la ley y que, en consecuencia, llegue a producirse la denegación o torcida administración de justicia o que se alteren las reglas de procedimiento, por cuanto no existiría tribunal que pudiera resolver el posible error y establecer la verdad, de allí que se acepte como necesaria esa infalibilidad convencional de tales jueces y deban reputarse, en derecho, sus resoluciones conforme a la ley"*²⁴⁶.

²⁴⁵ Esta materia está regulada en el Libro II Título V del Código Penal, relativo a los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos. Una explicación de estos tipos en ETCHEBERRY, Alfredo, "Aspectos penales del arbitraje", en *Estudios de Arbitraje*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, pp. 237-259.

²⁴⁶ CS, 10 de octubre de 1932, RDJ. t. XXX, sec. 1°, p. 76. Esa sentencia rechazó un recurso de inaplicabilidad deducido en 1932 por don Daniel Schweitzer, impugnando el artículo 159 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Justicia, que corresponde

La responsabilidad penal de los magistrados por delitos ministeriales requiere de un antejuicio denominado querrela de capítulos, a través de la cual se formulan los cargos o capítulos contra el juez al que se imputa un delito cometido en el ejercicio de sus funciones²⁴⁷.

9.4. La protección civil indemnizatoria

La responsabilidad civil permite que la persona que haya sufrido un daño patrimonial o moral con la actuación ilícita proveniente de la falta de imparcialidad del juzgador sea indemnizada de los perjuicios sufridos.

Para tal efecto el legislador ha previsto un sistema especial de responsabilidad civil en los artículos 320 al 330 del COT, donde el justiciable afectado con un ilícito civil debe observar las siguientes pautas:

- 1°) Obtener la declaración de admisibilidad previa (art. 328 COT);
- 2°) Debe existir una sentencia de término de la causa o pleito donde se supone causado el agravio (art. 329 COT);
- 3°) Debe haber promovido una reclamación previa del agravio a través de los distintos recursos o medios de impugnación, y

al actual artículo 324 del COT. La exención de responsabilidad penal de los Magistrados de la Corte Suprema del artículo 324 del COT viene en términos casi textuales del antiguo artículo 159 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, de 1875. Debe advertirse que esta exención de responsabilidad penal no contó con la unanimidad de todos los comisionados de la época, pero finalmente prevaleció, fundándose en las ideas de presunción de verdad de la cosa juzgada, y en el carácter de tribunal de casación que revestía la Corte Suprema, que le hacía imposible –según sus defensores– producir una inobservancia en las leyes de procedimiento. La contrapartida a esta exención de responsabilidad penal está en la responsabilidad política de los mismos, y que tiene la particularidad de ser votada por el Senado actuando como jurado. Con todo, el actual inciso 2° del art. 79 de la CPE dejó la vía abierta para que la ley pueda establecer los tipos penales que sancionen a los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia por delitos ministeriales, toda vez que el artículo 324 inc. 2° tiene rango legal y puede ser derogado por otra norma de igual jerarquía, que tendría que ser de tipo orgánica constitucional.

²⁴⁷ Si se trata de un delito común cometido por un juez, no se aplica la querrela de capítulos, debiendo iniciarse el proceso penal conforme a las reglas generales.

4º) Por último, el legislador establece un plazo de prescripción especial de seis meses para que se pueda iniciar un juicio de responsabilidad civil o penal (art. 330 COT).

10. CASOS PRÁCTICOS

a) Nombran como juez a un ex Director del Servicio de Impuestos Inter-nos y le corresponde conocer de un reclamo administrativo donde se debe aplicar una normativa que dictó en uso de sus potestades reglamentarias: ¿Dicha situación configura una causal de inhabilidad en nuestro sistema?

b) La asociación de protección de la ballena azul quiere premiar a un juez civil por su reconocida sensibilidad ecológica, entregándole un galvano. ¿Puede el juez recibir dicho premio? ¿Es factible inhabilitar a ese juez en todas las causas con connotación ecológica que lleguen a su conocimiento?

c) Con posterioridad a la terminación del proceso, el juez da una entrevista en exclusiva a un diario, reconociendo que para dictar un determinado fallo se dejó presionar por el gobernante de turno. ¿Qué instrumentos jurídicos le permiten a la parte afectada corregir esta situación?

d) Un juez debe conocer de una causa donde se cuestiona la juridicidad de una política pública del gobierno, al que en su minuto representó como asesor en un congreso internacional, obviamente, antes de ingresar al Poder Judicial. ¿Esta situación configura algún tipo de inhabilidad para que ese juez conozca del tema?

LOS PRESUPUESTOS PROCESALES RELATIVOS A LAS PARTES