



El resguardo de la imparcialidad del juez civil: Un panorama desolador

Autores:

Constanza Belén Villalobos Saldivia

Leonardo Enrique Salazar Jiménez

Profesor Guía:

Dr. Felipe Gorigoitia Abbott

Tesina de pregrado, carrera de Derecho
Diciembre de 2021

Tabla de contenido

I. Introducción	5
II. Nociones generales sobre el concepto de imparcialidad	6
1. Definición de imparcialidad	6
2. Clasificaciones de imparcialidad	8
3 ¿Cómo recoge la imparcialidad nuestro ordenamiento?	10
3.1 Reconocimientos expresos	10
3.1.1 Tratados internacionales.....	10
3.1.2 Ordenamiento procesal penal (art. 1, 159 y 373 letra a)).....	10
3.2 Reconocimiento tácito.....	11
4. ¿Cómo entienden la imparcialidad nuestros tribunales?	13
4.1. Tribunal Constitucional.....	13
4.2. Corte Suprema.....	14
III. Estatuto de las impugnaciones y recusaciones en relación a la imparcialidad	16
1. Acercamiento a las inhabilidades de nuestro COT	16
2. Antigüedad y taxatividad.....	17
3. Impugnaciones amplias	19
3.1. Causal primera, “Ser el juez parte en el pleito o tener en él interés personal, salvo lo dispuesto en el N° 18 del artículo siguiente”.....	19
3.2. Causal Octava, “Haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia”	20
4. Recusaciones amplias	20
4.1. Décima causal, “Haber el juez manifestado de cualquier modo su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiere hecho con conocimiento de ella”	20
4.2. Décimo sexta causal, “Tener el juez con alguna de las partes enemistad, odio o resentimiento que haga presumir que no se halla revestido de la debida imparcialidad”	21
IV. Problemáticas en torno a la regulación	23
1. La necesaria subjetividad del juez y la parcialidad basada en sesgos	23
1.1. Sesgos cognitivos	24
1.2. Sesgos ideológicos.....	27
1.3. Sesgos basados en estereotipos.....	29
2. Pugna entre la apariencia y el fuero interno: Opiniones vertidas con anterioridad..	31
3. Pérdida de la imparcialidad sobreviniente	32
3.1. Motivos personales entre juez, partes y abogados.....	32
3.2. Rechazo de los acuerdos conciliatorios	33
V. Remedios procesales para situaciones no previstas	35

1. Incidente de nulidad procesal	35
2. Casación en el fondo.....	37
3. Casación en la forma.....	40
4. ¿Inhabilitación de oficio sin causal de implicancia o recusación? Remisión a la Constitución y solicitud innovativa de autoevaluación.....	44
5. Recurso de apelación.....	46
<i>VI. Conclusiones: Hacia un estándar de imparcialidad para el juez civil y una reforma al estatuto de inhabilidades con facilidad probatoria</i>	<i>48</i>
<i>Bibliografía.....</i>	<i>51</i>

Tabla de Abreviaturas

Arts.	<i>Artículos</i>
C.	<i>Considerando</i>
C.Pol.	<i>Constitución Política</i>
CIDH.	<i>Corte Internacional de Derechos Humanos</i>
COT.	<i>Código Orgánico de Tribunales</i>
CPC.	<i>Código de Procedimiento Civil</i>
CPP.	<i>Código Procesal Penal</i>
CPR.	<i>Constitución Política de la República</i>
CS.	<i>Corte Suprema</i>
Nº.	<i>Número</i>
TC.	<i>Tribunal Constitucional</i>
TEDH.	<i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>
TT.II.	<i>Tratados internacionales</i>

Resumen

La imparcialidad del juez civil es considerada uno de los principios más relevantes para garantizar el resguardo del debido proceso, sin embargo, esta importancia que se le otorga no es proporcional al nivel de atención que abarca su estudio, protección y remedios en Chile. En este sentido, no hay un legislador preocupado por realizar las modificaciones pertinentes, ni una jurisprudencia tendiente a aportar a su desarrollo. En la presente exposición revisaremos las nociones generales que hay en torno al concepto de la imparcialidad, el estatuto de inhabilidades que buscan resguardar la imparcialidad del juez civil, las cuestiones no comprendidas en todo este estatuto, las posibles salidas procesal que podrían tomar los litigantes y un posible estándar, aplicable no sólo al proceso civil, sino a todo el ordenamiento en su conjunto

Palabras Clave

Imparcialidad – Inhabilidad del juez civil – Implicancias y recusaciones – Sesgos – Motivaciones defectuosas

I. Introducción

En la búsqueda de un proceso verdaderamente racional y justo, uno de los elementos cuya importancia ha sido subestimada en Chile es la imparcialidad del juez. Su mayor virtud, nos parece, es que es uno de los principios base para la impartición de justicia de todo sistema democrático. No obstante, sobre todo por la actitud de los tribunales en torno a las inhabilidades que considera la ley y el sepulcral silencio del legislador en materia de derecho procesal, creemos que su valor no se encuentra bien ponderado.

En ese orden, el estatuto de normas que resguardan la imparcialidad es en realidad deficiente, principalmente debido a su falta de consagración expresa y también debido a lo anacrónico y acotado que es el sistema de inhabilidades de nuestro Código Orgánico de Tribunales. Pero el asunto no llega sólo hasta ahí, también la problemática influye directamente a la sociedad, a los usuarios del sistema judicial, a la administración de justicia e incluso al derecho internacional de los Derechos Humanos; la imparcialidad es un termómetro que permite medir especialmente la justicia y la seguridad jurídica de un ordenamiento, ya que tiene directa incidencia en la confianza que la sociedad deposita en la administración de justicia, en la calidad de las sentencias de los tribunales y en la perfección del sistema judicial con el estándar del debido proceso como vara de medida.

En las siguientes líneas, conceptualizaremos la imparcialidad según lo que la jurisprudencia y doctrina han dicho de ella para revisar el estado actual de las cosas. Luego, haremos una revisión del estatuto de inhabilidades de nuestro Código Orgánico de Tribunales para así evidenciar su atávica y pobre regulación, que, desde ya adelantamos, no es acorde a la realidad actual y deja muchas situaciones que pueden representar parcialidad del juzgador fuera. Finalmente, revisaremos algunos remedios procesales que podrían servir como alternativa ante el silencio del legislador y realizaremos una síntesis de los elementos que deberían ser considerados como un estándar para determinar si estamos frente a un tribunal verdaderamente imparcial.

II. Nociones generales sobre el concepto de imparcialidad

El primer paso que nos parece que debemos dar es en torno a las nociones generales sobre el proceso de imparcialidad, de esta forma podremos no sólo entender específicamente a qué nos referimos cuando hablamos de imparcialidad, sino que también armar un entramado de elementos que nos servirán para comprender cuáles son sus principales materializaciones, falencias y partes más importantes, tanto para elaborar una crítica fundada, como para establecer un estándar según el estado actual de las cosas que debería estar presente en todo proceso, aunque más singularmente para esta exposición, en el proceso civil.

1. Definición de imparcialidad

El concepto de imparcialidad ha sido bastante tratado por la doctrina nacional como por la internacional. Una definición que da una primera idea de lo que se entiende clásicamente por imparcialidad la otorga Romero Seguel, quien dice que “la imparcialidad apunta a controlar – dentro de ciertos límites- que el juez no incline la balanza de la justicia a favor o en contra de alguien por razones diversas de lo que constituye la esencia de la actividad judicial, que es declarar el derecho, dando a cada uno lo suyo” (2009, p.74). A partir de lo dicho por este autor podemos desprender en principio que la imparcialidad busca que el juez juzgue apegado a lo que el derecho le exige y sin dejarse llevar por motivaciones personales intrínsecas o por lo que su entorno podría exigirle. Ahora, al ser un concepto que la doctrina se ha dedicado a dejar claro, podemos identificar ciertos elementos que se repetirían al momento de determinar lo que sería imparcialidad para ellos.

El primer elemento en común sería el de considerar a la imparcialidad como una garantía. En esta línea tenemos a Romero Seguel, quien en su concepto la define como “una garantía esencial del debido proceso” (ibidem, p. 73), otorgándole el mismo carácter tenemos a Escobar que dice que “es una garantía procesal y de un proceso justo” (2009, p. 188), la Corte Suprema le ha dado la misma característica a la imparcialidad, en su sentencia rol N° 127/2008, donde la califica como “una garantía fundamental de todas las personas que recurren a los tribunales de justicia”, Bordalí también considera la imparcialidad como una “garantía que permite que un juez sea apartado de un caso concreto cuando existan sospechas objetivamente justificadas” (2009, p.20), por último el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia Piersack califica a la imparcialidad como “una garantía que descansa en la necesaria confianza que deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática” (Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, 1982, Piersack contra Bélgica).

El segundo elemento en común que han tenido autores al definir la imparcialidad tiene relación con la neutralidad que debe tener el juez al momento de juzgar, así lo ha definido Escobar, la misma autora refuerza la idea al plantear que “el juez está constitucional y convencionalmente obligado a dictar sentencia de acuerdo con la ley y los valores de una comunidad social y no contaminado por los prejuicios y convicciones personales” (2009, p.188). Romero Seguel ha dicho que la imparcialidad del juzgador pretende conseguir que la decisión jurisdiccional esté libre de todo prejuicio positivo o negativo que pueda perturbar la correcta

actuación del órgano jurisdiccional. Para reforzar esta idea dice que el juez que debe decidir el objeto del proceso no debe perder su carácter de tercero imparcial, evitando que concurra a resolver un asunto si existe la mera sospecha que, por determinadas circunstancias, favorecerá a una de las partes. (2009, p. 74). Por su parte, Clérico plantea que el deber de imparcialidad pretende lograr dos objetivos, entre ellos está el evitar acciones interesadas o favoritismos u hostigamientos hacia alguna de las partes, y en segundo lugar estaría el obligar a motivar la sentencia con argumentos objetivos y razonables (2018, p. 80). Morales se refiere al tema diciendo que “los códigos o leyes de enjuiciamiento, ordenan a los jueces que deben garantizar el derecho de defensa y deben mantener a las partes en igualdad de condiciones, sin preferencias ni desigualdades, esto significa, en relación al principio de la imparcialidad que en caso de favorecer a una de las partes transgrede ese principio (...)” (2011, p. 22).

El tercer elemento identificado a partir de nuestra lectura consiste en que para que pueda existir imparcialidad del juez en el proceso, éste debe apegarse a lo establecido por la ley al momento de decidir, en ese sentido nos afirmamos a lo dicho por Escobar, quien determina que “la imparcialidad judicial reclama la neutralidad del órgano juzgador, pero sólo en ocasiones su transgresión así mismo será una infracción del principio de legalidad, ya que cabe que un juez imparcial opte entre distintas interpretaciones de las leyes, unas más adecuadas al tenor de la ley que otras. Quiere decir que el juez está constitucional y convencionalmente obligado a dictar sentencia de acuerdo con la ley y los valores de una comunidad social y no contaminado por los prejuicios y convicciones personales”. Esta autora termina diciendo que “en definitiva, lo que significa la imparcialidad es que la ley –el ordenamiento jurídico- sea el único criterio de juicio del juez” (2009, p.188).

El último elemento que podemos identificar en el concepto de imparcialidad, es que ésta es parte del debido proceso consagrado en nuestra Constitución en su artículo 19 N°3 inciso sexto, es decir, para que exista un racional y justo procedimiento, es necesario que se cuente con la garantía de imparcialidad del juez que está decidiendo la causa. Para realizar la anterior afirmación, nos apoyamos en lo dicho por el Tribunal Constitucional chileno en su sentencia rol 783, c.11, que expresa que “todo juzgamiento que se ajuste a los principios de un debido proceso debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, siendo estos elementos consustanciales del concepto racional y justo”. De la misma forma se ha expresado Gorioitía, en una parte de su texto “El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles” se puede identificar que se reconoce que la imparcialidad del juzgador se encuentra dentro de las garantías del artículo 19 N°3 inciso sexto. Este autor lo reconoce de la siguiente forma “(...) Sin embargo, para determinar si hay afectación de garantías de esta especie hay que tener presente que, en caso alguno, ellas se agotan en aquellas que expresamente se han establecido en el artículo 19 CPol., sino que deben entenderse incorporadas aquellas que caben dentro de las nociones de tutela judicial efectiva y de debido proceso que nuestra jurisprudencia constitucional reconoce en el numeral tercero, en especial en su inciso primero y en la noción de “racional y justo procedimiento” de su hoy inciso sexto. En virtud de ellas, la infracción a derechos como el

acceso al proceso, la imparcialidad del juez o la motivación de las sentencias perfectamente pueden fundar una declaración de nulidad”. (2013, p. 587). Siguiendo la misma línea, Ríos del Río se ha mostrado a favor de considerar la imparcialidad dentro de las garantías del debido proceso del artículo 19 N°3 de la Constitución, cuando en su tesis “La imparcialidad judicial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, específicamente se refiere a este tema exponiendo que “en Chile, la normativa de la cual se puede desprender mediante interpretación el principio de imparcialidad sería el Art. 19 N° 2 CPR, que contempla la igualdad ante la ley” y “el Art. 19 N°3 CPR, que contiene el derecho al debido proceso (...)” (2008, p. 16).

De todo lo anterior, y a modo de síntesis, diremos que necesariamente para estar frente a la imparcialidad tendremos que tener los elementos comunes recién destacados por estos autores, vale decir, encontrarnos frente a una garantía procesal constitucionalmente consagrada, parte del debido proceso, donde el juez sea totalmente neutral y que su actuar sea únicamente acorde a lo establecido por el ordenamiento. A continuación, y para dotar de mayor contenido el concepto, pasaremos a revisar sus diversas clasificaciones y también, qué nos han dicho los distintos tribunales -nacionales e internacionales- respecto de ella.

2. Clasificaciones de imparcialidad

Quien se encargó de otorgarle una característica dual a la imparcialidad fue el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde ahora TEDH), quien a través de emblemáticas sentencias se refirió a la imparcialidad de una manera subjetiva y objetiva. Fue mediante interpretación del artículo 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos que el TEDH le otorgó esta dualidad a la imparcialidad, pues ha realizado una exhaustiva mención a estos dos criterios basado en este artículo en sus sentencias. Así sucede en la sentencia del 1° de octubre de 1982 “Piersack contra Bélgica”, en esta expresan lo siguiente:

“Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto” (Sentencia De la Corte Europea de Derechos Humanos, 1982, Piersack contra Bélgica).

A partir de lo establecido por el TEDH, diversos autores han aportado sus propias definiciones. Por su parte Bordalí se refiere a la imparcialidad subjetiva como “el posicionamiento personal de los jueces en los términos de las partes de una causa judicial”, al mismo tiempo establece una presunción de imparcialidad subjetiva del juez al decir que “debe considerarse imparcial mientras no se demuestre lo contrario” (2009, p. 272). El mismo autor se refiere a la imparcialidad objetiva como la que en consideración a la relevancia de aquellas condiciones exteriores que pueden comprometer o perjudicar la administración imparcial de la justicia, siendo muy importante la apariencia de imparcialidad de los jueces, por último, agrega

que la imparcialidad objetiva apunta también a la necesaria confianza que los órganos judiciales deben dar a los ciudadanos y, sobre todo, a los acusados por delito (Bordalí, 2018, p. 21).

Morales también se ha referido a esta dualidad, caracterizando la imparcialidad subjetiva como aquella en que el juez en su interior no contenga elementos que lo determinen (enemistad, amistad, interés, etc.), y la imparcialidad objetiva en el sentido que no existan en el juzgador ideas preconcebidas con relación al caso. Agrega, además, que esta imparcialidad se debe manifestar en todo el proceso. (2011, p.20).

Por último, Clérico, afirmándose de lo dicho por el TEDH y que además a lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos adhiere, expresa que lo que caracteriza a la imparcialidad es la existencia de una faz subjetiva y otra objetiva, conocida también como doble dimensión de la imparcialidad. Esta autora agrega que además de esta dualidad, se exige apariencia de imparcialidad, de esta forma, el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a- y movido por- el Derecho (2018, p. 82. En base al Caso Atala vs Chile, párrafo 189)

Por su parte, los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Eduardo Ferrer Mac Gregor y Manuel Ventura Robles se refieren a esta dualidad en su voto disidente del caso “Pueblo Indígena Mapuche v/s Chile”. Estos expresan que “el principio de imparcialidad, que exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad”, continúan refiriéndose a este tema citando a la CIDH, quien le otorga el nombre de “imparcialidad personal” a la dimensión subjetiva de ésta, así, destacan que la “imparcialidad personal se presume a menos que exista prueba en contrario” la cual consiste “por ejemplo en la demostración de que algún miembro de un tribunal o juez guarda prejuicios o parcialidades de índole personal contra los litigantes”. Además, el juez debe actuar “sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho” (2014, p. 295).

De todo lo dicho se desprende que la imparcialidad es una de las herramientas más poderosas del debido proceso, pues, abarca dos factores que pueden afectar la decisión del juez, el primero es el factor subjetivo, es decir, el que se centra en el fuero interno del juez, que éste no se pronuncie bajo prejuicios y que su sentencia no esté motivada por factores personales del juez. Por otro lado, tenemos la fase objetiva de la imparcialidad, que exige que la decisión del juez tenga apariencia de imparcialidad, es decir, que su comportamiento y las condiciones exteriores no den lugar a duda de que éste haya fallado sólo conforme a la ley y sin estar motivado por cuestiones ajenas a la causa. Por último, se nos hace pertinente lo dicho por Picado, quien afirma que “la doctrina concluye que en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su decisión sobre el caso De Cubber, y ya antes en el caso Piersack ha marcado la importancia

que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza de los tribunales de una sociedad democrática”. (2014, p.59)

3 ¿Cómo recoge la imparcialidad nuestro ordenamiento?

3.1 Reconocimientos expresos

En nuestro ordenamiento procesal civil no existe una norma que consagre expresamente el deber de imparcialidad del juez, sin embargo, podemos encontrar menciones expresas a este deber en tratados internacionales, como también en el procedimiento penal chileno.

3.1.1 Tratados internacionales

Respecto a los tratados internacionales, el Tribunal Constitucional se ha referido a la obligatoriedad de ellos en este tema de la siguiente forma:

“Aunque no existiera norma específica que obligara a los órganos del Estado a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, sería igualmente un deber en aplicación del principio internacional *pacta sunt servanda*. Este se deriva del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y obliga a todos los órganos del Estado que sean partes en el tratado a cumplir, de buena fe, las obligaciones adquiridas en virtud del tratado, sin admitir excusas fundadas en la aplicación del derecho interno” (STC 4446 c. 20).

Son dos los tratados internacionales de derechos humanos que recogen el deber de imparcialidad del juez y por tanto, obligan a que en Chile sea una garantía del debido proceso el deber de imparcialidad del juez, a saber, el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 8 inciso primero, que dispone bajo el título de garantías judiciales que “toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial...”. También se encuentra en el artículo 14 número 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial”.

3.1.2 Ordenamiento procesal penal (art. 1, 159 y 373 letra a))

El Código Procesal Penal, a diferencia del ordenamiento procesal civil, hace mención a la imparcialidad y entrega una suerte de protección a ella en el resto de su articulado. Específicamente en su artículo primero se hace mención expresa a la imparcialidad del juez, y lo hace de la siguiente forma “ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial”.

Cabe preguntarse si la imparcialidad mencionada en este artículo estaría contemplando la dualidad subjetiva-objetiva a la que los autores hacen mención. Respecto a eso, en efecto

Echeverría afirma que la idea de imparcialidad contenida en el artículo 1 del Código Procesal Penal debe entenderse de la manera en que se ha desarrollado en el Derecho Internacional, vale decir, deberá ser una imparcialidad tanto objetiva como subjetiva (2010, p. 270). De modo de que la respuesta a la interrogante sin duda es afirmativa.

Ahora, es verdaderamente interesante el ordenamiento procesal penal debido a que el artículo 372 letra a) del Código Procesal Penal ha servido como una causal genérica para que se puedan invalidar sentencias que hayan transgredido la garantía del juez imparcial, así lo afirma Echeverría, pues este artículo permitiría ampliar su contenido de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos; así lo reconoce expresamente la norma “procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

También, en el mismo sentido, existe una protección para las actuaciones judiciales realizadas con vulneración de alguno de los derechos que el ordenamiento reconoce, permitiendo que se declare la nulidad cuando así haya sido. Esto se encuentra regulado en el artículo 159 CPP, aunque no señala expresamente la vulneración del principio de imparcialidad, sino que en términos más amplios se refiere a perjuicios reparables sólo con la declaración de nulidad. Si bien la protección no es expresada de forma totalmente clara, la concatenación lógica de las normas nos lleva sin duda a concluir que la imparcialidad es un punto que está controlado y protegido en el ordenamiento procesal penal, tanto en el transcurso del proceso con el estatuto de la nulidad del artículo 159 CPP y siguientes, así como en la dictación de la sentencia con el artículo 372 letra a) del mismo cuerpo. Artículos que están en comunión con lo estipulado en el artículo 1° del CPP y lo referente al debido proceso que se desprende de nuestra CPR.

3.2 Reconocimiento tácito

Lo primero a decir al respecto, es que el título de este acápite es tal debido a que el mayor desarrollo del concepto de imparcialidad descansa en el debido proceso, que está inmerso dentro de nuestra Constitución y se infiere del artículo 19 N°3 cuando se refiere al proceso “racional y justo”, así como también de los diferentes tratados internacionales referentes a la materia.

Respecto al debido proceso en particular debemos señalar que “es un metaderecho referido a un conjunto de derechos procesales mínimos más o menos detallados en la Constitución o en tratados internacionales sobre derechos humanos” y que “también funciona como un principio de carácter constitucional y como un concepto jurídico indeterminado que deberá ser precisado o colmado por los órganos a los que el sistema jurídico entregue esta competencia” (2009, p. 267). En este sentido, Navarro nos dice que “se estimó conveniente otorgar un mandato amplio al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso” (2013, p. 125).

En ese mismo orden, el Tribunal Constitucional Chileno en la sentencia rol 478 del año 2006, en su c. 14 ha dicho que:

“A través de la historia fidedigna de la disposición constitucional es posible comprender, en primer lugar, que se estimó conveniente otorgar un mandato al legislador para establecer siempre las garantías de un proceso racional y justo, en lugar de señalar con precisión en el propio texto constitucional cuáles serían los presupuestos mínimos del debido proceso, sin perjuicio de dejar constancia que algunos de dichos elementos decían relación con el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador”.

El mismo tribunal en la sentencia rol N°383 del año 2007 c.11, adiciona que:

“Todo juzgamiento que se ajuste a los principios de un debido proceso debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, siendo estos elementos consustanciales del concepto de racional y justo”.

En el mismo sentido, nuestra CS no se queda atrás, señalando en la sentencia rol N°127/2008 en su considerando tercero lo siguiente:

“Que la independencia e imparcialidad de los jueces es una garantía fundamental de todas las personas que recurren a los tribunales de justicia, que es reafirmación de la igualdad ante la ley y en la protección que se le debe en el ejercicio de sus derechos y ante la justicia, aspectos que nuestro ordenamiento constitucional reconoce en diversas disposiciones, en especial en los artículos 5°, 19 N° 2, 3, 7 y 26, y 76 de la Carta Política. De igual modo se han reconocido estas garantías en diferentes declaraciones y convenciones internacionales ratificadas por nuestro país.

Los tribunales nacionales e internacionales han determinado que toda persona, dentro de un debido proceso, corresponde sea juzgada por un tribunal integrado por jueces objetivamente independientes y subjetivamente imparciales”.

De ahí que digamos que hay un reconocimiento tácito; del hecho de que la imparcialidad, así como muchos otros derechos procesales, se encuentre inmersa en el debido proceso, y el debido proceso a su turno, se encuentra recogido en este amplio mandato constitucional, de modo que si hacemos búsqueda dentro de las normas civiles sustantivas y procedimentales será una búsqueda en vano. Es más, todas las lecturas en torno al concepto en la literatura nacional nos llevarán a lo recién dicho.

Nos parece de suma importancia tener lo anterior presente, ya que al menos en el proceso civil, cualquier intento de salida procesal alternativa de las que veremos más adelante para resguardar la imparcialidad, debería encausarse en este sentido. Es de ahí que veamos el panorama como desolador; en el procedimiento civil es evidente que tenemos un mandato de imparcialidad, pero este no está positivizado. Es más, este mandato surge del contenido inherente de otro mandato que tampoco está positivizado.

De todo lo anterior nos parece puede concluirse que el legislador tuvo buenas intenciones cuando mantuvo la con esta fórmula del 19 N°3, pero que dichas intenciones no tuvieron el mejor impacto, debido a que es poco al menos en materia de imparcialidad en sede civil lo que podemos ver establecido por el legislador para mejorar y asegurar lo racional y justo del proceso. Han pasado bastantes años desde la redacción de este enunciado, Chile ha ratificado varios tratados internacionales en la materia también y poco movimiento ha habido al respecto en nuestro congreso.

4. ¿Cómo entienden la imparcialidad nuestros tribunales?

4.1. Tribunal Constitucional

Respecto a cómo el Tribunal Constitucional se ha referido a la imparcialidad en algunos de sus fallos, se puede decir primeramente que, al igual que la CS y algunos autores, este tribunal la considera una garantía y en la gran mayoría de sus fallos hace énfasis en que se trataría de una garantía del debido proceso, tal como se puede constatar en la sentencia rol 2874, en la que se cita a la Comisión Internacional de Derechos Humanos, sosteniendo que “el derecho a ser juzgado por un juez imparcial es una garantía del debido proceso”. En la sentencia rol 46, se expresa de la siguiente forma para afirmarlo “a juicio de este tribunal, la independencia e imparcialidad del juez no sólo son componentes de todo proceso justo y racional, sino, además, son elementos consustanciales al concepto mismo de tal”; por otro lado la sentencia rol 783 se refiere a la imparcialidad objetiva como un elemento del concepto de racional y justo, dando énfasis en que “todo juzgamiento que se ajuste a los principios de un debido proceso debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, siendo éstos elementos consustanciales del concepto de racional y justo”. Acá llama la atención que además de hacer énfasis en el proceso racional y justo, el TC, al igual que como se vio anteriormente con el TEDH, la Corte Suprema y otros autores como Romero Seguel, adopta la dualidad de la imparcialidad, otorgándole una dimensión objetiva y una subjetiva, por lo que podemos afirmar que al menos en Chile existe una posición unánime por parte de la doctrina y la jurisprudencia al momento de adoptar la doble dimensión de la imparcialidad. Así también se puede constatar en la sentencia rol 5189, que identifica expresamente qué entiende por imparcialidad, de acuerdo a los jueces, “el principio de imparcialidad que puede ser considerado tanto subjetiva como objetivamente. La primera perspectiva dice relación con el posicionamiento personal de los jueces en los términos de las partes de una causa judicial. En su vertiente objetiva toma en consideración la relevancia de aquellas condiciones exteriores que pueden comprometer o perjudicar la administración imparcial de la justicia”.

Como se dijo anteriormente, podemos constatar que tanto la doctrina como la jurisprudencia en Chile consideran a la imparcialidad como una garantía esencial del debido proceso, además de considerar que existe una dualidad entre imparcialidad objetiva y subjetiva. Ahora, podemos también darnos cuenta que no existe una mayor extensión de éste tema más allá de lo anteriormente mencionado, cuestión que en nuestra opinión genera una contradicción, pues se le otorga una gran importancia al considerarla una garantía del artículo 19 N°3 de la CPR, es decir, del debido proceso, sin embargo, no existe mayor extensión de este tema, ni mucho menos de los métodos de resguardo de éste más allá de las impugnaciones y recusaciones por parte de nuestra jurisprudencia nacional.

4.2. Corte Suprema

Antes de comenzar con el análisis de estas sentencias cabe aclarar que sólo nos enfocaremos en la Primera Sala de la Corte Suprema, pues es -a nuestro criterio- la sala civil es la que se ajusta mejor a los parámetros de nuestra tesina toda vez que nos enfocamos principalmente en el tratamiento de la arbitrariedad del juez en el proceso civil chileno.

Ahora, respecto a lo que nos atañe, si bien la Corte suprema no se ha referido extensamente a lo que entiende por imparcialidad en sus fallos, se ha podido detectar elementos comunes que se le han atribuido a este principio, específicamente en las sentencias rol 127- 2008, rol 38506-2017, rol 2386-2010 y rol 11652-2021.

El primer elemento en común es la clasificación de “garantía fundamental de todas las personas que recurren a los tribunales de justicia, que constituye una reafirmación de la igualdad ante la ley”. Como se pudo ver, la Corte Suprema considera a la imparcialidad del juez como una garantía, tal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros autores.

El segundo elemento que podemos reconocer en los fallos rol 127- 2008 y rol 2386-2010, es la dualidad que caracteriza a la imparcialidad, sin embargo se refiere solamente a la dualidad que caracteriza a la imparcialidad subjetiva, calificando dos variantes en ésta de la siguiente forma “una concreta, referida a los jueces y a la ausencia de cualquier relación con las partes que afecten su desempeño, la que debe ser verificada mediante la prueba correspondiente”, mientras que la imparcialidad subjetiva la define como aquella que es “abstracta, en que se excluye todo posible cuestionamiento de parcialidad, en donde aspectos objetivos, constituyen antecedentes suficientes que podrían llegar a establecer cualquier legítima duda y, por lo mismo, razonablemente llevan a hacer perder la confianza en el desempeño ecuánime y neutral del juzgador”. Ahora, respecto de la primera clasificación, podemos encontrar algo bastante interesante según lo que ha expuesto la CS en cuanto a la dualidad de la imparcialidad subjetiva, pues si bien se trata de una dimensión abstracta en la que se ve implicado el fuero interno del juez ésta se debe probar a través de aspectos objetivos que lleven razonablemente a perder la confianza en la neutralidad del juez, de la misma forma se refiere la sentencia rol 2386- 2010 considerando cuarto. Esta indica que “si bien es efectivo que nuestro ordenamiento jurídico aspira y persigue el respeto y la observancia de la garantía constitucional que propugna que todas las personas tienen derecho a ser juzgados por un tribunal imparcial, lo cierto es que cuando se intenta inhabilitar a un magistrado mediante la invocación de una causal abstracta, como sería la de haber manifestado implícitamente su dictamen sobre la cuestión

pendiente, debe tal impugnación ser sustentada en antecedentes objetivos, que en forma positiva y suficiente denoten la razonabilidad de la duda que se esgrime acerca del futuro desempeño del sentenciador, en cuanto a su ecuanimidad y justicia”. Es decir, a pesar de que la imparcialidad subjetiva implique un comportamiento interno del juez, siempre se tendrá que recurrir a parámetros objetivos para probarla, lo que es por sí una tarea igualmente ardua.

De lo anterior cabe destacar que si bien la CS se refiere a una dualidad en el concepto de imparcialidad, en sus sentencias sólo acoge y distingue la imparcialidad subjetiva, subdividiendo ésta en una variante interna y externa, de ésta forma, no hace referencia alguna a la imparcialidad objetiva. En este punto podemos comentar que a pesar de que la Corte Suprema intente darle importancia a la imparcialidad, intentando acoger términos de Tribunales Internacionales, en la realidad esa preocupación no se ve reflejada en las sentencias que ha dictado refiriéndose al tema, situación que- a nuestro parecer- también ha conllevado a la poca importancia que se le ha otorgado a la imparcialidad del juez en nuestro país, pues, siendo la Corte Suprema el máximo tribunal del país, ésta al menos debiese sentar las bases de conceptos básicos y claves de la imparcialidad como lo sería su dualidad objetiva y subjetiva, aunque fuese solamente referirse en las mismas palabras que otros autores o la CIDH, quizás no contribuiría con nada nuevo al concepto, sin embargo, al menos daría demostración de su preocupación por el tema.

En tercer lugar, la sentencia rol 38506-2017 se refiere al método establecido por la ley para resguardar la garantía del juez imparcial, en este sentido explica que existe el sistema de impugnaciones y recusaciones, estableciendo que la parte puede reclamar la falta de imparcialidad a través de una recusación, invocando una causa fundada en una norma legal y expresa, sin embargo, advierte que “no obstante, se trata de una alegación que se le ha conferido al interesado en forma facultativa, es decir, entregándole la decisión de hacerla valer o no, resultando entonces de no verificarla en la forma y plazo que las normas estatuyen, el derecho a reclamo se entiende renunciado”. Lo que en definitiva podemos desprender de lo dicho por la Corte, es que la imparcialidad estaría materializada a través de las normas pertinentes en nuestro COT; que serían la única vía para reclamar, y que además sería facultativo de la parte el perseguir la protección de su derecho, cuestión que creemos que aporta directamente a lo que será más adelante nuestra crítica al actual catálogo de inhabilidades.

Por último, cabe destacar que a pasar del paso de los años -como se pudo constatar en el análisis de estas sentencias que van desde el 2008 hasta el 2021-, la idea que se tiene de imparcialidad en la Segunda Sala de la Corte Suprema no ha cambiado, como tampoco el método de resguardo de ella. Lo anterior es bastante preocupante y una demostración del panorama desolador que exponemos en nuestra tesina, pues no se puede identificar un extenso tratamiento a la imparcialidad del juez más allá de las cuatro sentencias que se exponen (y su contenido replicado en tantas otras), como tampoco se da garantías suficientes y necesarias de una completa protección del debido proceso. En definitiva, aún no existen instituciones que resguarden la imparcialidad de forma acorde a la importancia que tiene; y esto lo podemos ver en los pocos párrafos que la Corte Suprema le ha dedicado así como también en la nula atención que el legislador le ha puesto. Finalmente, todo se conjuga de forma tosca sin que haya tal intención detrás para crear un panorama cuando menos desalentador.

III. Estatuto de las impugnaciones y recusaciones en relación a la imparcialidad

1. Acercamiento a las inhabilidades de nuestro COT

Según Aylwin, “las impugnaciones y recusaciones son verdaderas excepciones declinatorias que las partes pueden interponer con el objeto de que el juez competente para conocer de un asunto deje de serlo, por no tener la imparcialidad necesaria para fallarlo. Esta falta de imparcialidad debe manifestarse a través de alguna de las causas taxativamente señaladas por la ley” (2009, p. 438).

Casarino por su parte, da su definición indicando que:

“Las impugnaciones y las recusaciones son causas legales que, una vez constatadas y declaradas, hacen que un juez competencia suficiente para conocer de un determinado negocio judicial deje de tenerla, en razón de carecer de la imparcialidad necesaria para intervenir en él.

A estas causas legales, que tienen la virtud de hacer perder la competencia a un juez, se las conoce con diversas denominaciones. Así, algunos las comprenden dentro del término genérico inhabilidades; otros las llaman causales de incompetencia accidental; y, en fin, otros las denominan motivos legales de incompetencia personal” (2011, p. 161).

La diferencia entre ambas, sería “puramente de grado. Las primeras son verdaderas prohibiciones impuestas a los jueces o a otros funcionarios judiciales para intervenir como tales en determinados negocios. Las segundas son, en cambio, meros arbitrios otorgados a las partes para separar a los jueces o a otros funcionarios judiciales, si lo estiman necesario, del conocimiento y decisión que naturalmente les corresponden en determinados negocios” (Aylwin, 2009, p. 438). Estos meros arbitrios, entiéndanse como facultativos de reclamar para las partes, ya que una contraria interpretación sería atentatoria contra todos los derechos que involucra la imparcialidad.

Otra visión similar nos entrega Orellana, quien nos dice que:

“Son inhabilidades personales que tienen los jueces para conocer y fallar en forma imparcial un determinado asunto. Estas inhabilidades proceden tanto contra los tribunales unipersonales como colegiados”. Además, “las impugnaciones son normas de orden público, y sólo basta con que se presente la causal en la persona del juez, para que éste se encuentre implicado en el asunto. Por tanto, al proceder la causal legal, en el juez, el recurso de casación en la forma produce la invalidez o nulidad de la resolución, sin que sea necesaria declaración alguna, es decir, debe declararse de oficio, sin que se lícita su renuncia, por cuando se trata de normas de orden público. Por su parte las recusaciones son normas de orden privado, y por ende renunciables” (2006, p. 192).

También cabe señalar que las impugnaciones y recusaciones son “ciertos hechos o circunstancias que pueden concurrir de los jueces en general, así como de los auxiliares de la administración de justicia y de los peritos judiciales, de los cuales la ley presume una falta de imparcialidad de la persona a quien le afecta para juzgar o intervenir en el mismo (impugnación) o faculta a la parte a quien podría perjudicar esta presunta falta de imparcialidad, para solicitar en el procedimiento correspondiente se disponga esta prohibición respecto de ese negocio específico” (Correa Selamé, 2018, p. 219). Estas causales, recalca el autor, por lectura del artículo 113 sólo podrán ser aquellas consagradas en las normas de nuestro COT (idem).

Todo lo dicho hasta este punto, pareciera ser de vital importancia para el tema a ojos de estos redactores, y es que, al menos en sede civil las impugnaciones y recusaciones parecieran ser la única forma de hacer frente a las injusticias que surjan a raíz de una posible parcialidad de parte del juez. Con todo, no podemos si no cuestionarnos si será suficiente la normativa que regula el tema.

2. Antigüedad y taxatividad

La imparcialidad del juzgador es un tema bastante desarrollado. En ese sentido es poco lo que podemos decir; tenemos muchísimas fuentes del derecho de las que podemos nutrir de contenido el concepto de imparcialidad. El problema viene dado en torno a la regulación específicamente sustantiva de esta institución procesal. Lo único que tenemos son las impugnaciones y recusaciones, que vienen dadas de la creación del COT y que son comunes a todo tribunal. El CPC no hace ninguna mención al respecto y el proyecto de ley del nuevo Código Procesal Civil únicamente prescribe que “sólo podrá inhabilitarse a los jueces, auxiliares de la administración de justicia y a los funcionarios para que intervengan en un negocio determinado, en los casos y por las causas que señala el Código Orgánico de Tribunales”, y luego, en otro artículo más adelante nos recalca la estricta legalidad que se desprende de este enunciado normativo, señalando que “se rechazará de plano la solicitud de inhabilitación si la causa alegada no es legal”.

Así las cosas, “el Código Orgánico de Tribunales regula con detalle, en los artículos 195 y 196, las causales de impugnación y recusación de los jueces. En ambas categorías existen diversas circunstancias que generan inhabilitación del juez para conocer una causa y que están vinculadas a relaciones personales del juez, a sus actividades profesionales presentes y pasadas y a sus intereses patrimoniales” (Riego Ramírez, 2018, p. 28). Ahora bien, creemos que hay que hacer especial énfasis en estas categorías, pues es todo aquello que no entra en ellas es lo que funda nuestra preocupación; los parentescos, relaciones personales, intereses patrimoniales, etc., nos parece que tienen una regulación a lo menos suficiente y no es de nuestro interés ahondar en esta tesina en ellas. Lo que en realidad nos interesa es todo lo que podría no estar comprendido dentro de estas normas.

Importante nos parece recordar la definición que citamos de Aylwin en el apartado anterior, ya que, en este primer acercamiento comenzamos a avizorar sus problemas. Justamente, la parte final de esta definición nos ilustra en que la parcialidad que percibamos en el juez debe

manifestarse a través de alguna de las causas que la ley señala de forma taxativa. Esto quiere decir que cualquier sospecha de parcialidad debe ser encausada a través de estos específicos enunciados que pone el legislador a nuestra disposición.

A este punto nos asiste Bordalí cuando señala:

“Un sector de la doctrina española critica seriamente la concepción de las causas legales de la imparcialidad, pues equivaldría a sostener que lo que sea el contenido concreto del derecho fundamental al juez imparcial lo determina a su antojo el legislador. Y esto se ve especialmente agravado en países como España y Chile, pues en ellos las impugnaciones y recusaciones son situaciones que se han conformado legislativamente durante el siglo XIX, no poniéndose atención en que el contexto presente en el que se desenvuelve la función judicial ha cambiado sustancialmente.

Si miramos la situación de nuestro Derecho patrio, surgen dudas si los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales contemplan dentro de las causales de impugnación y recusación situaciones que son de mayor ocurrencia en la sociedad contemporánea caracterizada por un mayor pluralismo ético, ideológico y político. ¿Qué sucedería si las partes consideran causa de parcialidad el que un juez forme parte de una determinada organización religiosa? ¿Qué pasaría si el juez ha manifestado en la causa comentarios sexistas o racistas? ¿Qué pasa si el juez ha manifestado de cualquier modo una cierta inclinación política?” (2009, pp. 275-276).

Todo lo anterior, sumado a una hermética legalidad consagrada expresamente por el Código de Procedimiento Civil, que convierte este catálogo en uno de tipo *numerus clausus* cuando señala en su artículo 113 lo siguiente: “Sólo podrá inhabilitarse a los jueces y a los auxiliares de la Administración de Justicia para que intervengan en un negocio determinado, en los casos y por las causas de impugnación o recusación que señala el Código Orgánico de Tribunales”. La ley parece ser clara en que lo que hay escrito es lo único que puede reclamarse.

Todo lleva a asumir la taxatividad de las causales y así lo reafirman los autores, no obstante, no creemos que eso sea impedimento para el intento de nuevas estrategias o la proposición de medidas innovativas, sobre todo si detrás hay una institución tan importante como lo es la imparcialidad. A este punto volveremos más tarde, a propósito de los remedios procesales para situaciones no previstas ya que nos permitirán fundar sobre todo la posibilidad de inhabilitación con remisión al debido proceso.

A continuación, revisaremos aquellas causales que podrían considerarse más amplias para ver cuánto es lo que resisten en relación a algunos de los estándares y definiciones que ya hemos dado, a fin de que podamos dilucidar si son o no suficientes, aunque adelantamos ya que creemos que no lo son.

3. Implicancias amplias

Respecto de las causales de implicancia, conforme al tenor de los enunciados hemos seleccionado particularmente la primera y la octava causal del artículo 195 del COT, debido a que como se verá, son las causales que podrían revestir la mayor holgura y podrían admitir el encause de un mayor número de situación a diferencia de las demás, que tienen un carácter mucho más concreto y retratan situaciones más bien específicas.

3.1. Causal primera, “Ser el juez parte en el pleito o tener en él interés personal, salvo lo dispuesto en el N° 18 del artículo siguiente”

Del enunciado citado es verdaderamente poco lo interpretable. No hay duda de que la primera mitad se refiere a una prohibición de ser juez y parte al mismo tiempo en el litigio, por motivos obvios. Ello no cumpliría ni el estándar más débil de imparcialidad objetiva que pudiéramos proponer.

De la segunda parte del enunciado es de donde podríamos interpretar algo amplio: “o tener en él interés personal”. Y es que, el interés personal pareciera ser algo ambiguo, pudiendo abarcar supuestos tan amplios como los que quepan dentro de la subjetividad del juez, no obstante, en realidad el interés personal se refiere exclusivamente a los beneficios que va a obtener el juez a través del litigio (Casarino, 2011, p. 193), y, los beneficios no pueden sino verse reflejados a través de una ventaja material de lo resuelto en el juicio. Lo contrario implicaría inmiscuirse en cuestiones metafísicas no contempladas por el legislador que dirían relación, por ejemplo, con si es posible obtener ventajas espirituales o inmateriales respecto a un determinado asunto. A parecer de estos redactores, en ningún caso el legislador pensaba en estas posibilidades que por cierto son difíciles de imaginar, y aún más de argumentar.

Prueba además de lo anterior, es lo que se menciona en la misma causal, a propósito del numeral 18° del artículo siguiente, que habla del interés en el pleito (al igual que en esta causal) una sociedad anónima en la que el juez tenga participación. Esta es a nuestro parecer la comprobación más fuerte de que el interés en el pleito se refiere a una cuestión material o económica, debido a que las sociedades anónimas no pueden tener ningún otro tipo de interés que no sea económico, ni siquiera en torno a su prestigio, porque este siempre gira en torno al beneficio que pueden obtener de su imagen, vale decir, mejor imagen, mejor venta o mayor valor de sus acciones. Lo mismo sucede en caso inverso.

Concluimos, por tanto, que esta causal de apariencia amplia tiene una aplicación bastante acotada, referida exclusivamente al ámbito económico del juez. Así si el juez llegara a tener un interés inmaterial en el juicio no estaría contemplado en esta causal, por lo que, tendríamos un caso de parcialidad a la luz de nuestras definiciones, pues “la imparcialidad debe apreciarse según una actitud subjetiva, en el sentido que el juez en su interior no contenga elementos que lo determinen (enemistad, amistad, interés, etc.), y según una actitud objetiva, en el sentido que no existan en el juzgador ideas preconcebidas con relación al caso” (Rivera, 2011, p. 20).

3.2. Causal octava, “Haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia”

La presente causal se parece en su redacción a la causal de implicancia del numeral 10° del artículo siguiente, y podría dar la impresión de amplitud. A este respecto nos ilustra Casarino señalando que:

“Manifestar su dictamen significa que el juez exprese la opinión que tiene formada sobre el asunto sometido a su decisión. Esta opinión puede manifestarse de cualquiera manera: verbalmente, por escrito, en una resolución judicial, en un acto que no la constituye, etc. –la ley no hace distingo alguno sobre el particular–; pero tendrá, naturalmente, que haberse expresado esa opinión en términos tales que después puede probarse en forma indubitada.

En todo caso, esta opinión o dictamen que manifieste el juez debe serlo: a) sobre la cuestión pendiente sometida a su conocimiento y decisión; y b) con conocimiento de los antecedentes necesarios para dictar sentencia” (2011, p. 164).

La amplitud de esta causal, radica en la polivalencia del término “dictamen”, que puede ser usado en diversos sentidos, tan amplios como lo es una simple opinión que pudo darse en una conversación de café. No obstante, se nos cierra cualquier puerta por la situación temporal en la que nos pone el legislador cuando señala que el juez ha de tener conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar la sentencia. Así, nos deja fuera toda opinión o declaración que el juez haya realizado antes del conocimiento del asunto pero que sea de suma relevancia respecto de lo que se va a fallar.

Es así como un juez pudo haber dado una declaración pública en torno a cierto tema o respecto de la aplicación o interpretación de una determinada norma y que luego deba fallar al respecto. Esto chocaría directamente con el concepto de imparcialidad objetiva, y aun cuando el juez más tarde tomara una actitud interna totalmente imparcial cuando le toque conocer el asunto, sería del todo legítimo desconfiar del sistema, y es que, “las apariencias son importantes para valorar si un Tribunal es imparcial. No sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace, con el fin de salvaguardar la confianza de los justiciables en los órganos judiciales” (Escobar-Martínez, 2009, p. 189).

4. Recusaciones amplias

4.1. Décima causal, “Haber el juez manifestado de cualquier modo su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiere hecho con conocimiento de ella”

En torno a esta causal no hay mucho que innovar, debido a que gran parte de lo dicho en la octava causal de implicancia es extensible a esta. Otra vez Casarino al respecto nos señala:

“Manifestar dictamen implica expresar opinión sobre la cuestión pendiente, o sea, sobre el juicio o pleito sometido a la decisión del juez. Este dictamen

debe haberse manifestado de cualquier modo, esto es, sin conocimiento de los antecedentes necesarios para dictar sentencia, como acontece, en cambio, con la respectiva causa de impugnancia: lo único que la ley requiere es que el dictamen se manifieste sobre la cuestión pendiente con conocimiento de ella. En resumen, la ley es mucho menos exigente tratándose de la recusación que de la impugnancia respectiva” (2011, p. 167).

La diferencia radicaría únicamente en el conocimiento de los antecedentes, que en este caso no es necesario que los tenga. Bastaría con que manifieste su opinión al respecto, no obstante, nuevamente chocamos con el escenario temporal en el que nos sitúa el legislador, ya que es necesario que el litigio se encuentre pendiente, es decir, que se haya iniciado la cuestión. Por lo que nuevamente queda afuera todo aquello que el juez haya dicho antes de que el litigio hubiera comenzado, y, por lo mismo, queda en tela de juicio nuevamente la imparcialidad externa del juzgador.

4.2. Décimo sexta causal, “Tener el juez con alguna de las partes enemistad, odio o resentimiento que haga presumir que no se halla revestido de la debida imparcialidad”

Para Casarino “Estos sentimientos deben ser de tal grado que afecten a la natural imparcialidad del juez. Será necesario juzgarlos encada caso en particular. La enemistad, el odio o el resentimiento deben ser experimentados por el juez y no por alguna de las partes; pues, en esta última circunstancia, no habría posibilidad de recusar al magistrado”. (ibidem, p. 168)

Es esta causal a nuestro parecer la que podría ser de mayor utilidad debido a su amplitud, varias situaciones podríamos encausarlas a algún tipo de enemistad, odio o resentimiento. No por nada indica Bordalí este podría ser un verdadero cajón de sastre si se hace una interpretación extensiva de la norma (2009, cfr. pp. 275-276), no obstante, todo dependerá de lo que el juez que deba fallarla estime en ese momento, sobre todo si la práctica judicial tiende más a la legalidad y aplicación estricta de estas causales.

El mayor problema a nuestro parecer radica en, además de la dificultad de prueba del fuero interno del juez, la presunción de imparcialidad y supuesta abstracción del juez en el conocimiento de los asuntos. Esto lo indicamos debido a que no es necesario que medie la enemistad, el odio o el resentimiento que exige la norma para que haya parcialidad en el juicio.

Lo que el enunciado normativo nos reclama es que las diferencias que pueda tener el juez con las partes lleguen a un punto superior y que se vea materializado en actos o dichos de enemistad, odio y resentimiento. Así, por ejemplo, un juez podría tener fuertes diferencias ideológicas con alguna de las partes y que aun así no medien estos elementos; podría incluso suceder que el juez de forma inconsciente pierda la imparcialidad y no lo refleje, o que la pierda lo oculte tras la motivación de su sentencia medianamente razonable. Desde ahí, ¿de dónde nos afirmamos para justificar la presunción que el enunciado nos exige?

¿Cómo presumimos que hay odio, enemistad o resentimiento? ¿Qué significan cada uno de esos conceptos? y, ¿cómo se ven reflejado en la realidad si no es de una forma verdaderamente

grotesca? Nos enfrentamos a un problema que ha visualizado Hunter, sobre las *dificultades probatorias en el proceso civil*, ya que, de reconocer esta supuesta amplitud de la norma, estaríamos frente a “hechos que el legislador ha previsto para producir una consecuencia jurídica, pero carecen de materialidad y exteriorización” (2015, p. 213). El juez podría tener dicha enemistad, odio o resentimiento y no demostrarlo, o habiéndolo demostrado con uno de los litigantes, por ejemplo, habiendo reñido, el juez podría negarlo rotundamente y decir que pese a que se presentó una situación hostil, en su interior éste sigue siendo objetivo e imparcial.

Así las cosas, la hipótesis de utilizar esta causal como cajón de sastre resulta tan dificultosa, que su aplicación en realidad es una quimera que sólo en un laboratorio podría hacerse realidad. En definitiva, la apariencia de amplitud de esta causal se ve disipada cuando se contrasta con la realidad material y jurídica. Es así como concluimos al respecto que hay muchas situaciones que estas causales dejan fuera y son insuficientes para hacer frente a la realidad.

IV. Problemáticas en torno a la regulación

1. La necesaria subjetividad del juez y la parcialidad basada en sesgos

Como hemos visto y continuaremos viendo, el marco regulatorio en torno a la imparcialidad del juez no es inexistente, pero es insuficiente. Tenemos amplia normativa internacional que no es directamente aplicable a nuestro ordenamiento, tenemos variadas sentencias de los tribunales de nuestro país que contribuyen a dotar de contenido la institución procesal de la imparcialidad, y tenemos también un sistema cerrado de inhabilidades en nuestro COT que no permite abarcar la totalidad de situaciones que pueden sobrevenir en el proceso y que ponen cuando menos en jaque la imparcialidad del juzgador civil y hacen difícil la solución de estos casos, lo que, sin embargo, no resulta extraño si tenemos en cuenta la fecha de la que data tal código.

Ahora bien, frente a todo lo revisado anteriormente es fácil concluir de nuestro ordenamiento que el legislador ha establecido una presunción en favor de la imparcialidad de los jueces, que parece del todo razonable si es que buscamos no dilatar los procesos ni establecer cargas a la administración de justicia que le resten celeridad al proceso y mayor trabajo al juzgador. Así, queda claro que “corresponderá a la parte que se lamenta de la parcialidad del magistrado demostrarla, probando en concreto que la disposición anímica o psicológica del juez y su conducta exteriorizada son síntomas de falta de imparcialidad” (Bordalí, 2009, p. 273).

En este mismo orden, puede decirse que “los supuestos de parcialidad parecen haber sido pensados en un marco donde la igualdad en el acceso a la justicia, en el uso de las armas procesales, es el punto de partida y de llegada. Esto sesga la visión del problema. Parece estar pensado para casos aislados, para favoritismos u hostigamientos personales, donde se percibe de alguna manera la intencionalidad. Así entonces, se concibe la presunción a favor de la imparcialidad personal o subjetiva salvo prueba en contrario” (Clérico, 2018, p. 83).

Lo que para nosotros hace echar de menos un poco el sentido común, es que haya derechos fundamentales tan importantes enfrentados a esta tan fuerte presunción, sin que existan como contrapartida causales de inhabilidad más amplias, o por otro lado, mayor número de causales específicas que permitan encausar las inquietudes y sospechas de parcialidad para las partes.

Escobar nos da la introducción en este punto, cuando señala que “la decisión es un acto rigurosamente personal y, en cuanto tal, subjetivo” (2009, p. 186). Esto último, es debido a que el proceso por el que un juez elabora sus decisiones y dicta las resoluciones se trata de un proceso intelectual en el que se involucra la subjetividad de su persona, para la decisión de qué norma aplicar y qué interpretación tomar en cada caso concreto. “Así pues, el derrumbamiento del mito del juez objetivo es el reconocimiento de una verdad por todos sabida y por mucho tiempo ocultada o no reconocida, según la cual el juez, al ser quien dirime un conflicto, lleva una carga implícita, dadas sus condiciones personales y su formación misma como jurista, que le hace valorar los hechos y las disposiciones de una manera especial y diferente a la de otro sujeto”

(idem), lo que derrumba el viejo estándar del juez objetivo y reivindica la figura de una persona de carne y hueso que ha estudiado, se ha preparado y toma decisiones

Dicho lo anterior, tenemos que concluir que no hay decisión que no tenga involucrado el fuero interno del juez. El juez debe usar su intelecto y sus esquemas mentales para elegir la mejor interpretación para resolver el caso y también dirimir qué normas aplicar por sobre otras. Esa es la dimensión de la subjetividad que resulta legítima y en ningún caso debería causarnos incomodidad, ya que, en el peor de los casos, ante una mala aplicación o interpretación del derecho, tenemos la casación para hacerle frente.

El problema en concreto con la subjetividad del juez tiene más que ver cuando su subjetividad como persona normal, permea en el desempeño de su labor. Después de todo hablamos de un ser con creencias, convicciones aspiraciones y participación en la vida social, que corre por vías distintas a su trabajo como adjudicador. Estos elementos inherentes a la vida de toda persona podrían llegar a mancillar las dos dimensiones que ya hemos visto de la imparcialidad, sin que podamos hacer mucho al respecto. En definitiva, “el juez puede involucrar conflictos y experiencias personales cuando juzga un caso, y puede caer en el error de empatizar o bien demeritar las actitudes de las partes en litigio, suponer características simplemente de la recolección de información sensorial, o despertar en él juicios de valor con relación a ciertas características como edad, juicios o sentencias previas, tipo de delito cometido, entre otros” (De la Rosa y Sandoval, 2016, p. 152); he ahí el punto en cuestión.

A continuación, y para retratar el problema con más nitidez, ponemos a vuestra disposición varias circunstancias que podrían cuando menos poner en duda la imparcialidad del juez, sin que haya inhabilidad que pueda reclamarse, al menos, no sin que haya lugar a cuestionamientos o desestimaciones. Bien podrían estar separadas bajo un único acápite denominado sesgos pero hemos dividido en tres, para una mayor claridad en la lectura.

1.1. Sesgos cognitivos

Con todo lo dicho no deberíamos tener muchas dudas a este punto sobre que existen más elementos involucrados en la toma de decisión de un juez, mucho más allá del derecho y su juicio propio. Pero si hubiera alguna duda al respecto, ningún misterio se devela cuando decimos que la psicología de los últimos cincuenta años ha ido desmontando paulatinamente el modelo paradigma de la elección racional, aplicado sobre todo en la economía como disciplina incluso hasta hoy, y que “sostenía que la persona elige qué alternativa seguir, evaluando la probabilidad de cada resultado posible, determinando la utilidad que se deriva de cada una y combinando estas dos evaluaciones, la opción elegida será aquella que ofrece la combinación óptima de probabilidad y utilidad”. (Cortada de Kohan, 2008, p. 69) En ese sentido y muy por el contrario, hay consenso en la actualidad y pruebas de que las decisiones involucran una infinidad de variables, que suelen ser rellenadas de manera inconsciente por el individuo que debe decidir. Cuestiones como el nivel de certeza del individuo acerca de los hechos, su defectuoso cálculo interno de probabilidades, sus experiencias pasadas y el contexto ambiental en que creció, sólo

por dar algunos ejemplos (ibidem, pp. 68-69). Es en este punto donde entran a jugar un papel importante los sesgos cognitivos.

Kahneman y Tversky han dicho en aproximación a los sesgos cognitivos que se tratarían de un “efecto psicológico que causa un desvío en el procesamiento de lo percibido, lo que lleva a una distorsión, juicio inexacto, interpretación ilógica, o lo que se llama en términos corrientes irracionalidad, que se da sobre la base de la interpretación de la información disponible, aunque los datos no sean lógicos o no estén relacionados entre sí” (como se citó en García, 2018, pp. 118-119). Es de estas definiciones que desprendemos que, en fin, se tratan de fenómenos psicológicos que se dan, de manera inconsciente a la hora de tomar decisiones que podrían afectar en la lógica, fundamentación o idoneidad de ésta.

De la Rosa y Sandoval nos exponen los sesgos que con mayor regularidad pueden presentarse en un contexto judicial y que para la presente exposición podrían ser de relevancia; ellos son: sesgo retrospectivo, sesgo de representatividad, sesgo de confirmación, sesgo de disponibilidad, sesgo de grupo y el sesgo de anclaje y ajuste (2016, cfr. pp. 158-161). De ellos, hemos recogido los cuatro primeros, que son los que consideramos que podrían darse en un contexto civil.

- a) Sesgo retrospectivo: “Con arreglo a este mecanismo mental, al valorar determinados hechos pasados, el sujeto no puede abstraerse de las consecuencias de los mismos, de manera que incurre en una tendencia a considerar, a partir del conocimiento de las consecuencias de la acción, que las mismas eran previsible desde el principio”. Así, “una vez que el individuo tiene conocimiento del resultado, se provoca un cambio de perspectiva del sujeto de manera que el resultado le parece inevitable. El sujeto proyecta automáticamente su nuevo conocimiento hacia el pasado, no siendo consciente, ni capaz, de reconocer la influencia que este proceso ha tenido en su juicio sobre lo acontecido” (Muñoz, 2011, p. 6)

Lo que sucede en simple es que el individuo al conocer un resultado no puede abstraerse de él para observar las causas que lo provocaron, de modo que cambia la perspectiva con la que ve las cosas, influenciando de forma inconsciente los hechos pasados con su supuesto conocimiento del presente. Un ejemplo de esto podríamos verlo en aquellas situaciones en que se ha producido un resultado dañoso visible; un juez que recibe una demanda solicitando una indemnización derivada de un daño generado en el contexto de un accidente vehicular, donde se adjuntan en un documento fotografías del estado del vehículo y de las víctimas. Si en el interior del juez se ha producido este sesgo, a partir de ese momento se habrá producido una imagen en su cabeza y se habrá producido una cierta presunción que en el resto del juicio deberá ser destruida por el litigante, mermándose en cierto sentido la igualdad de partes. Esto debido a que el juez estaría constantemente viendo las actitudes de la parte demandada tanto como aquello que explique o confiese como tendientes a explicar y darle sentido al suceso o la imagen que la otra parte creó en su cabeza.

- b) Sesgo de representatividad: Tiene que ver con los eventuales errores que pueden cometer los sujetos al momento de realizar juicios categóricos. Estos llegan a la variable conclusión de que una cierta evidencia concreta analizada es representativa de una cierta categoría, sin que necesariamente lo sea (ibidem, cfr. p. 4). Por ejemplo, cuando se llega a la conclusión de que un sujeto es culpable, sólo por el hecho de actuar desafiante o nervioso.

Situaciones en que podrían darse contextos similares son infinitas de imaginar. Basta con que un juez cree una convicción acerca de los hechos más allá de las pruebas presentadas, por la sola actitud que ha tenido o han tenido los litigantes, rompiendo así la igualdad e imparcialidad que debe resguardar en su actuar.

El juez está enfrentado constantemente a ejercicios lógicos que debe resolver en el ejercicio de su función, y a este punto, podemos ver cómo la imparcialidad permea no sólo en el trato con las partes y en los considerandos de las resoluciones que los tribunales emiten, sino que también en la valoración de la prueba. No es de extrañarse, por tanto, que varios intentos de casación en relación a la fase probatoria, se funden verdaderamente conculcaciones al principio de imparcialidad del juez, como veremos más adelante.

- c) Sesgo de confirmación: Este sesgo no reviste mayor dificultad y en general es bastante común. En fin, “este proceso mental se caracteriza por la tendencia del sujeto a filtrar una información que recibe, de manera que, de forma inconsciente, busca y sobrevalora las pruebas y argumentos que confirman su propia posición inicial, e ignora y no valora las pruebas y argumentos que no respaldan la misma” (ibidem, p. 8).

Básicamente, se sobrevalora y da importancia casi exclusivamente a aquello que refuerza y reafirma nuestras creencias internas, y se ignora aquello que no.

“Desde esta perspectiva, un juez que ha formulado previamente una conclusión respecto de una persona y su caso particular mediante el gran número de procesos mentales que hemos comentado anteriormente, se encontrará en mayor disposición de hacer caso a hechos y comentarios que afirmen su tesis inicial, ignorando o desvalorizando aquellas tesis que la desvirtúan” (De La Rosa y Sandoval, 2016, p. 160) Un juez podría tener la simple corazonada de que una de las partes está mintiendo, o que una de las partes debería ser condenada, y, aunque podrían en muchas ocasiones las corazonadas o intuiciones tener la razón, no es un método epistémicamente válido para la obtención de la verdad, de modo de que se rompería la imparcialidad, nuevamente favoreciendo a una de las partes por sobre otra por creencias internas.

- d) Sesgo de disponibilidad: En este sesgo, puede observarse que “el sujeto procede a valorar la probabilidad de que acaezca un suceso, tomando en consideración la facilidad con la que el propio sujeto puede recordar o imaginar ejemplos de sucesos similares” (Muñoz, 2011, p. 5).

Así, “bajo este precepto y aplicándolo al ámbito jurisdiccional, las decisiones judiciales estarán influenciadas por casos previos que tengan algún parecido con el actual. Específicamente,

se sobreestima la información recabada en el pasado y, por tanto, se formulan conclusiones erróneas” (De la Rosa y Sandoval, 2016, p. 161).

El caso es bastante sencillo; un juez que no falle en relación a los hechos concretos del litigio, sino que se forme su convicción en relación a una serie de casos que haya tenido que resolver con anterioridad en su cargo, estaría siendo víctima de este sesgo, y a nuestro criterio, siendo parcial, debido al favor que le estaría otorgando -probablemente de forma inconsciente- a la otra parte. Tal situación no sería de extrañarse, debido a la cantidad de carga laboral que tienen los jueces en nuestro país, y la cantidad de casos muy similares que tienen que resolver.

Llegados a este punto podríamos preguntarnos si acaso son tan relevantes estos errores de pensamiento inconsciente de los que venimos hablando, al punto de afectar la imparcialidad de las decisiones, y la respuesta es un sí categórico, no obstante de la dificultad que representaría alegarlas y más aún probarlas. Decimos que, en efecto, los sesgos cognitivos afectan la imparcialidad del juez, aunque la gravedad de tal afectación y si el juez puede o no superarla dependerá del caso a caso. La cuestión está principalmente en lo que entendemos y hemos dejado establecido en acápites anteriores sobre el contenido de la imparcialidad.

La imparcialidad necesariamente impera una decisión libre de prejuicios y que no favorezca a nadie por razones distintas a la estricta aplicación de la ley. En el caso Piersack contra Bélgica pudimos apreciar cómo el TEDH explicita que un tribunal imparcial debe actuar sin elementos internos que lo determinen y libre de ideas preconcebidas respecto al caso, cuestión que con los sesgos cognitivos es difícilmente argumentable que pueda darse. Finalmente, nos parece que actuar bajo sesgos cognitivos implicaría no aplicar bien las reglas de la lógica que se entienden incluidas en la sana crítica, lo que deviene en dar el favor a una de las partes de manera injustificada o justificada de manera defectuosa.

El mayor desafío estará en dar con las situaciones particulares en que estos sesgos se dan y probarlo, ya que fácilmente pueden ocultarse bajo la cara de razonamientos bien elaborados. La cuestión sin duda está en prevenir que estos sucedan, o si ya han ocurrido, la cuestión estará en desmontar los considerandos de la sentencia o las resoluciones como se verá en el punto sobre sesgos de estereotipos.

1.2. Sesgos ideológicos

Sobre los sesgos ideológicos no hay tanta cuestión técnica que explicar. Creemos que el punto central está en que el juzgador atente contra la objetividad, fallando algo en lo que tiene un interés inmaterial o espiritual, basado principalmente en simples creencias, dogmas, sofismas o doctrinas, sean políticas o de cualquier otra índole, y esto quedaría excluido del estatuto de inhabilidades que ya hemos revisado. No es pretendido por estos redactores que el juez sea una máquina, sin sentimientos ni valores. Sin duda todas las personas los tienen y tienen derecho a tenerlos, la problemática se hace presente cuando dichos valores permean en su desempeño y en la calidad de sus sentencias.

Lo que buscamos poner de relieve, más allá de la discusión en torno a qué debería primar entre la libertad de pensamiento y el debido proceso, es que en torno al concepto de imparcialidad que se ha venido construyendo hasta el momento según la literatura doctrinaria y la jurisprudencia, el hecho de que el juez falle según sus convicciones ideológicas podría significar una falta a la imparcialidad, ya que estaría saliéndose de la estricta legalidad en su actuar. El derecho no sería su única guía, sino que estaría siendo influenciado por ideas preconcebidas y dando el favor a una de las partes o a sus argumentos por simple afinidad con ellos.

A ese respecto, podemos ejemplificar el problema de la siguiente forma: “en un simple juicio de desahucio de una persona que no tiene medios para pagar una vivienda digna, no tendrá la misma percepción un juez preocupado por la buena marcha del tráfico inmobiliario como pieza necesaria para el buen funcionamiento del país, que el juez que tenga una ideología más tendente a la colectivización de la propiedad, porque entiende, igualmente, que esa colectivización es lo más procedente para la misma buena marcha de la economía del país” (Nieva, 2012, pp. 295-296).

La cuestión está en cómo compatibilizar estos dos derechos en pugna; la libertad de pensamiento y el debido proceso, ya que, censurar un juez por su sola ideología parece ser una idea que ninguna democracia que se respete aguantaría. Esta relevancia escala si tenemos en cuenta que en nuestro actual ordenamiento, un juicio ordinario de mayor cuantía puede ser el escenario de disputa de asuntos incluso de interés público, por ejemplo, a través de la interposición de alguna nulidad de derecho público, que por los motivos constitucionales y procesales pertinentes puede llegar al conocimiento de los juzgados civiles. Cuestiones de trascendencia nacional podrían quedar en manos de un juez que difícilmente puede ser inhabilitado si hubiera una cuestión ideológica de por medio que le impide fallar con imparcialidad.

Para el autor que venimos siguiendo, la fórmula que resguardaría de forma adecuada la imparcialidad del juez en torno a los sesgos ideológicos estaría recogido en el siguiente tenor:

“Haber sentado criterio públicamente sobre aspectos directamente relacionados con el objeto del proceso, en términos tales que se evidencie un sesgo ideológico por parte del juzgador” (idem. p. 25).

Tal conjugación sería explícita respecto a nuestras actuales causales, y vendría a solucionar el problema de la taxatividad visto en materia de inhabilidades que vimos más arriba en esta exposición, cuando se habla en nuestro COT de “interés”. Vimos que este interés sólo podría tratarse de un interés económico, y vimos, cómo cualquier otro interés inmaterial queda excluido. Esta fórmula amplía el catálogo y permite contemplar las cuestiones en relación a los sesgos ideológicos que venimos planteando. Además, dada la laxitud de los términos utilizados, podría incluso considerarse su utilización para los sesgos basados en estereotipos que veremos a continuación.

1.3. Sesgos basados en estereotipos

Continuando con la línea de los sesgos, se agrega un punto de vista sumamente interesante en torno al cual podríamos considerar falta a la imparcialidad por parte del juzgador. Para Clérico “el deber de imparcialidad pretende lograr dos objetivos: a) “evitar acciones interesadas o favoritismos” u hostigamientos hacia alguna de las partes, y b) obligar a motivar la sentencia con argumentos objetivos y razonables” (2018, p. 80). Es en este último punto donde entran los estereotipos; ideas o creencias que afectan una argumentación objetiva y razonable, y por tanto, la imparcialidad del juez.

En este sentido Sharman (1996) nos recalca que:

“El principio de imparcialidad judicial llama a que la ley pueda ser aplicada por los jueces sin inclinaciones personales o prejuicios hacia los individuos. Los jueces deberían aplicar la ley en forma uniforme y consistente a todas las personas. En otras palabras, la imparcialidad judicial debería ser semejante a la protección ecuánime de la ley. Los jueces deberían aplicar en igual forma la imparcialidad a todas las personas. Este principio se viola cuando un juez tiene una inclinación personal o prejuicio con relación a una de las partes en controversia. Un sentimiento de mala voluntad o favoritismo hacia una de las partes es inapropiado e indica que el juez no posee el grado de requisitos de imparcialidad para decidir sobre el caso en fórmula equitativa” (p. 16).

Verónica Undurraga (2017) por su parte nos señala que “cuando un tribunal se deja influenciar por estereotipos, juzga al individuo basado en sus ideas acerca del grupo particular y no en los hechos relevantes respecto de esa persona y las circunstancias de ese caso específico”. A esta reflexión, suma la siguiente definición:

“Los estereotipos son creencias sobre los atributos de mujeres y hombres, que cubren desde rasgos de personalidad (las mujeres son más subjetivas y emocionales, los hombres son objetivos y racionales), comportamientos (las mujeres son más pasivas sexualmente, los hombres son más agresivos en ese plano), roles (las mujeres deben asumir las tareas de cuidado y el hombre ser el proveedor), características físicas (las mujeres son más débiles que los hombres) y de apariencia (los hombres deben ser masculinos), ocupaciones (las carreras de armas no son para las mujeres, los hombres no pueden ser parvularios) y supuestos de orientación sexual (las lesbianas son egoístas y no priorizan el interés de sus niños; los gays son promiscuos)” (idem).

En ese contexto, la tesis de Clérico está en cómo este derecho fundamental va más allá del trato de las partes y se expande al trato que los tribunales tiene con las personas en general cuando se basan en estereotipos. Es ahí donde estaría la parcialidad; en abordar el juicio de una u otra forma, en razón de las personas que lo conformen y según los estereotipos que tenga formado el juez en su cabeza respecto de ellas, con independencia de lo que la razonabilidad, la objetividad y el derecho mandarían en realidad dictar. Los estereotipos afectan el principio de igualdad, no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley, instituciones que se

entienden contenidas dentro del derecho a un juez imparcial y el debido proceso (2018, cfr. pp. 85-86), según lo que venimos relatando en esta exposición.

El razonamiento es el siguiente: se parte de la base de que la sentencia fundamentada puede estar “maquillada”; puede tener la apariencia de estar bien fundamentada, no obstante, para tomarnos la imparcialidad en serio es necesario desmontar los considerandos y verificar en los casos de que tengamos sospechas, que los argumentos con los que se falla no estén basados en estereotipos o prejuicios, debido a que los estereotipos y prejuicios son razonamientos viciados, de los cuales no puede pregonarse objetividad ni razonabilidad, características sin las cuales no podemos decir fuera de toda duda que hay imparcialidad.

Valenzuela, en un análisis jurisprudencial, evidencia la existencia de los estereotipos de género de los que venimos hablando. De él, y para ejemplificar, podemos extraer dos sentencias -de muchas otras que hay-; una de nuestra Corte Suprema y otra de la Corte de Apelaciones de Rancagua. La autora determina que “en materia de cuidado personal, existe una preferencia materna para el cuidado de los hijos, haciéndola descansar sobre la premisa de que es ésta la que satisface dicho interés” (2020, p. 108), así, la Corte Suprema en la sentencia “Gómez con Abarzúa” (2012), en su considerando segundo se expresaría de la siguiente forma: “no se advierte (...) que los sentenciadores lo hayan desatendido. Por el contrario, se ha respetado la regla de orden natural prevista en el artículo 225 del Código Civil, en cuanto a que la crianza de los hijos, en caso de separación de los padres, corresponde a la madre”. Por su parte, la Corte de Apelaciones de Rancagua, en su sentencia “Munita con Silva” (2010), Valenzuela dice que “hace referencia a una especie de conciencia que presume que el bienestar de los hijos es estar, en principio, bajo los cuidados de la madre”, dice en palabras de la Corte que “el hecho que, a falta de acuerdo entre los padres, la ley otorgue a la madre el cuidado de sus hijos, más que como un derecho a la tuición, debe entenderse como una potestad que ha sido confiada a la mujer porque se ha entendido que, en principio, resulta más beneficioso para los niños. Es decir, su fundamento aloja precisamente en el interés superior de los hijos” (idem).

En base a lo anteriormente expuesto, la autora considera que de “la identificación del interés superior del niño y la regla supletoria de preferencia materna es posible develar dos cosas. Primero, que la sinonimia entre el interés superior del niño y la regla supletoria de la preferencia materna, permite travestir los estereotipos de género de “interés superior del niño”, perpetuando una subjetividad femenina de orden sociocultural y normativo que figura a la mujer como doméstica, buena madre, destinada al cuidado del hogar y a la crianza de los hijos por razones de “orden natural”, es decir, por el significado atribuido a su diferencia sexual” (Valenzuela, p. 109). Todo ello, según lo que venimos articulando, se trataría de un razonamiento que carece de un sustento verdaderamente material. Los fallos de estas sentencias estarían basados en estereotipos que afectan la imparcialidad del juzgador ya que se está dando favor en uno u otro sentido a alguna de las partes en virtud de un razonamiento viciado, basado en preconcepciones anteriores al litigio carentes de realidad material. Así, un razonamiento basado en estereotipos afectará la razonabilidad de la decisión y ello acarreará inevitablemente la fundamentación

defectuosa de la sentencia definitiva, tal como se verá más adelante cuando revisemos la utilización del recurso de casación en la forma.

2. Pugna entre la apariencia y el fuero interno: Opiniones vertidas con anterioridad

Retomando lo visto anteriormente, en particular en torno a la falsa amplitud de algunas causales, tenemos el siguiente problema: ¿Qué sucede cuando el juez ha manifestado anteriormente su postura frente a algún asunto de interés público que más tarde le toca resolver? ¿Qué hacemos cuando el juez ha tenido comportamientos o ha vertido su opinión y luego le toca fallar sobre similares cuestiones? Como hemos visto, ninguna de las actuales causales de inhabilidad es suficiente para hacerle frente a esta situación, de modo de que, no sólo se viola el estándar jurídico de la imparcialidad objetiva, sino que también, se pone en serio riesgo la seguridad jurídica y la confianza que pone la sociedad en su conjunto en la administración de la justicia.

Tenemos un imperativo constitucional que demanda al juez una rectitud en cada etapa del ejercicio de la función jurisdiccional, versus la legítima sospecha que podemos tener frente al sistema en el que depositamos nuestros asuntos. Así, por ejemplo “en USA, en el Title 28 United State Code, & 455 se prevé que el juez debe abstenerse cada vez que su imparcialidad pudiese ser puesta razonablemente en duda”. (Rivera, 2001, p. 19)

Todo se podría resumir en el conocido adagio “*no basta serlo, también hay que parecerlo*”, y es una idea en realidad reiterativa según lo que Escobar-Martínez nos indica:

“Esta doctrina procede del caso *Delcourt vs. Bélgica*, en el cual afirma que no sólo debe hacer justicia, sino parecer que hace. En la posterior sentencia *Piersack*, el TEDH completa la construcción con la idea que la imparcialidad de los Tribunales es una garantía que descansa en la necesaria confianza que deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática. La conexión entre apariencia de imparcialidad y confianza de los Tribunales se reitera en la sentencia *De Cubber*” (2009, p. 189).

En el mismo sentido apuntan las normas de la Ley N° 20.880 sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses, el artículo 8° inciso primero de nuestra Constitución y el artículo 52 inciso 2° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. En estas leyes conceptos como la intachabilidad, probidad, transparencia, honorabilidad y lealtad en el desempeño de los cargos son la tónica para el actuar de las autoridades en general de nuestro país. Todos estos conceptos se ven amenazados en las problemáticas que hemos revisado, así como en las que estamos por revisar, pero en especial se ven amenazadas respecto al punto que estamos revisando, y es que afectan la cara más visible de la justicia en nuestro país.

Desde el punto en que estamos, es decir, de que el juez ha manifestado su opinión con anterioridad al conocimiento del litigio ya tenemos problemas. Imaginemos ahora (ya que no hay causal de inhabilidad positiva que pueda ser incoada) que el juez efectivamente ha llegado a

conocer del negocio. El juez sabe sobre el mandato de imparcialidad y dice que desempeñará su cargo bajo su alero. Cuando menos en esta situación daría para sospechar, sobre todo porque por obvias razones no podemos meternos dentro de la cabeza del juez.

La solución es disponer en este caso de causales con hipótesis fáciles de comprobar, más tendiente a los “indicios”. Por ejemplo para este caso, bastando que el juez haya vertido su opinión al respecto para descartarlo como resolutor, y es que, de lo contrario, cualquier salida, incluso las indirectas que proponemos en el acápite siguiente, implicarían una dificultad probatoria en relación a la subjetividad del juez, de modo de que el derecho a un juez imparcial y más en general el debido proceso, tendrían una protección ilusoria.

3. Pérdida de la imparcialidad sobreviniente

3.1. Motivos personales entre juez, partes y abogados

Vistas ya las situaciones que podrían darse con anterioridad al juicio toca ver aquellas que podrían darse durante este. Así, y haciéndonos cargo de esta última idea, diremos como punto de partida que los jueces son personas y en cuanto tales, tienen una individualidad y una forma de interactuar con las demás personas que puede permear en la forma en que toman sus decisiones. A continuación, seguimos con la revisión breve de algunas circunstancias que podrían darse perfectamente en el proceso y que no tienen una solución en el derecho sustantivo.

Un primer grupo de casos que nos llaman profundamente la atención son aquellos que dicen relación con las riñas, desacuerdos o intercambios de diálogos hostiles entre los jueces y las partes o los abogados patrocinantes de cada una de esas partes, principalmente debido a que sería un grupo más de situaciones en que no tendríamos remedios para hacernos cargo del asunto. Los jueces en tanto personas pueden generar rencor, recelo y una serie de otras emociones respecto de las partes y de los abogados litigantes; algo que una de las partes haya dicho, alguna actitud que haya tenido, por ejemplo, son algunas de las cosas que podrían dejar abierto el cuestionamiento sobre la imparcialidad del juez.

Ahora bien, como ya revisamos tenemos la décimo sexta causal de recusación del COT que podríamos pensar que nos sirve en alguna medida para remediar esta situación, esta reza: *“Tener el juez con alguna de las partes enemistad, odio o resentimiento que haga presumir que no se halla revestido de la debida imparcialidad”*. No obstante, tal como ya dijimos, nos parece que es una causal que queda corta y no logra tener los efectos que el legislador muy probablemente previó que tendría. Los problemas están en la prueba de esta enemistad, odio o resentimiento que haga presumir se ha perdido la imparcialidad, ya que perfectamente, tal como se ya indicó, puede un juez perder su imparcialidad sin exteriorizarlo en el momento, de modo de que nos quedaríamos sin hechos para derrotar la presunción que resguarda al juez; ¿acaso no podría el juez guardarse todo para sí durante el proceso y simplemente fallar de manera parcial en la sentencia definitiva? La respuesta nos parece desde luego afirmativa. Pero el asunto va más allá, y esto es lo que no hemos planteado hasta el momento: la protección no se extiende a la enemistad, odio o resentimiento que puede tener el juez con alguno de los abogados, tal como sucedió, por ejemplo, en el mentado caso ocurrido en el año 2009 en el Juzgado de Letras del Trabajo de

Valparaíso, causal rol O-369-2009, en la cual una jueza y un abogado litigante tuvieron una fuerte discusión a causa de que este último no asistiera con corbata.

La norma es clara en referirse a las “partes”, expresión que deja excluidos a los abogados que litiguen a nombre de las partes. Casarino señala que las partes “pueden definirse diciendo que son aquellas personas que sostienen ante el tribunal un conflicto jurídico y actual acerca de sus propios derechos” (2005, p. 23). Esto último es relevante, ya que los abogados son agentes letrados externos contratados por las partes que actúan en su representación; los abogados litigan por derechos ajenos, no por sus propios derechos. Corolario de todo es que la norma es clara y cualquier intento de recusación en ese sentido no debería prosperar.

3.2. Rechazo de los acuerdos conciliatorios

Existe otro asunto que podríamos recoger en este apartado y que dice relación con las situaciones en que el tribunal llama a conciliación en los términos del artículo 262 del CPC una vez agotada la fase de discusión o haciendo uso de su facultad de hacer dicho llamado en cualquier estado de la causa una vez haya sido evacuado el trámite de la contestación de la demanda.

Una primera aproximación crítica nos invita a cuestionar propiamente esta facultad como una dualidad juzgador y conciliador poco cautelosa de lo que vendría a ser el debido proceso. Así, “la concentración de funciones jurisdiccionales y conciliatorias en una sola persona termina por desacreditar a ambas”, principalmente porque “No se cumplen los estándares que hoy se imponen al proceso jurisdiccional desde la perspectiva del debido proceso, al permitir a los jueces salir de su posición de imparcialidad para emitir opiniones y adelantar decisiones que, de otra forma, en cualquier otro momento, serían inaceptables” (Gorigoitía y Meneses, 2019, p. 550).

Creemos que esto último es lo que mayor ruido genera, en el sentido de que proponer bases para un acuerdo implica necesariamente tomar una postura, ya que es necesario delimitar quin es merecedor de qué, sólo teniendo conocimiento de los hechos y relatos parciales que las partes han incluido en sus alegaciones escritas junto a lo que cada una reclama. Con esto, claramente se pone en tensión el principio de imparcialidad del juez, no sólo desde un punto de vista interno, sino que externo también.

El punto que nos parece más relevante de lo recién citado es la emisión de opiniones y el posible adelanto de la decisión del juez, ya que las bases de acuerdo que proponga mucho podrían decir sobre la decisión final de no aceptarse tal acuerdo. Así, nos preguntamos: si el juez ya tiene una opinión formada, ¿será imparcial su sentencia, su valoración y establecimiento de los hechos, o su desempeño en general? ¿no recibirá el litigante un peor trato o un resultado más desfavorecedor que el propio acuerdo sugerido? Esto, por cierto que nos encamina nuevamente a lo visto en el apartado de los sesgos cognitivos; el juez con un conocimiento incompleto de los hechos y basado sólo en lo que las partes le han dicho -sin haber probado nada- se ve en la obligación legal según el 262 CPC de formular mentalmente un acuerdo “justo” para las partes,

y eso, no se hace si no realizando un juicio previo para sí, que podría condicionar el juicio de ese momento en adelante.

Gorigoitia y Meneses nos señalan:

“En la práctica, se ha criticado cómo son ejercidas estas facultades por los tribunales. Existe una queja común en el sentido de que en ciertas ocasiones la audiencia de conciliación constituye una instancia de presión indebida para llegar a un arreglo que las partes realmente no quieren. En esos casos, el tribunal no se limita a proponer bases o, muchas veces, términos concretos, sino que insiste en él de tal forma que los litigantes se pueden sentir ilegítimamente presionados para acordar algo, por el temor, no ya a una sentencia desfavorable, sino a las represalias que pueda tomar el sentenciador en ella como consecuencia del rechazo a su propuesta, que puedan resultar aún peores que el arreglo insatisfactorio que le ofrecen” (íbidem, p. 549).

El asunto a todas luces pareciera ser atentatorio contra el principio de imparcialidad del juez, y nos parece que más allá de una causal que contemple inhabilidad para este caso, una solución muchísimo más razonable es cambiar la legislación e implementar soluciones más efectivas como plantean estos autores.

Todo lo expresado hasta el momento en este y en el resto de acápites de esta exposición sirve de base para argumentar en favor del título de esta tesina; un panorama desolador. Creemos que toda la regulación que hay entorno a la imparcialidad del juez civil es atávica y pobre, y no habla sino del poco compromiso que tiene el legislador con el debido proceso y las mejoras de las instituciones jurídico-procesales que derivan de él. Los estándares del derecho procesal sustantivo están muy por encima de las actuales regulaciones, y la imparcialidad es sólo un ejemplo de ello. Con todo, y frente a la obvia necesidad de sortear los casos de falta de imparcialidad que se puedan presentar, pasamos a revisar algunos remedios procesales que, dependiendo el caso, podrían ser de mayor o menor utilidad para corregir el proceso y el resultado de este, aunque hacemos la relevante prevención de que nada de esto está realmente escrito ni hay índices concretos de factibilidad que nos permitan avizorar las probabilidades de éxito en su uso. Por ello, analizar muy bien cada situación en particular nos parece que será de vital importancia así como también la sagacidad, creatividad y calidad argumentativa con la que cada jurista encare el litigio, después de todo, el derecho se escribe día a día, y quizá lo que hoy parece ser imposible, mañana podría ser *la vía* que a criterio de un tribunal debería seguirse.

V. Remedios procesales para situaciones no previstas

Visto lo anterior y llegados a este punto, cabe preguntarnos qué hacer frente a tanta situación no prevista y un catálogo de inhabilidades que hasta el cansancio hemos calificado como acotado e impotente, y es que, es aquí donde el panorama se nos torna más desolador. Tenemos nada más ni nada menos que el derecho al debido proceso de las partes en una situación de vulnerabilidad, y es que no hay herramientas positivas que nos permitan resguardar debidamente la imparcialidad del juez. No obstante lo anterior, podríamos afrontar la situación tratando de acomodar los remedios procesales existentes y destinados originalmente a otras situaciones, según la ocasión lo requiera.

A continuación, ponemos a vuestra disposición algunas instituciones procesales que podrían ser de utilidad en estos casos con algo de creatividad. Creemos que a pesar de tratarse de herramientas que tienen un uso forense específico, con una buena argumentación podría abrirse el camino para su utilización en aras del resguardo de la imparcialidad del juez y sobre todo de los derechos del representado, al menos hasta la llegada de una reforma que se haga cargo de las deficiencias actuales utilizando los estándares que el mundo jurídico ha propuesto.

1. Incidente de nulidad procesal

La primera de las herramientas que queremos poner de relieve es el incidente de nulidad procesal contemplado en el Título IX del Libro I de nuestro CPC. La nulidad procesal puede conceptualizarse como “aquella sanción de ineficacia estructural respecto de los actos jurídicos procesales por el incumplimiento de alguno de los requisitos que la ley prescribe para su validez. En dicho sentido, cuando opera este medio de impugnación se señala que se produce una "anulación", a diferencia de los recursos procesales en donde se utilizan términos tales como revocación, modificación o acogimiento” (Núñez y Perez-Ragone, 2015, p. 79).

En ese orden, son varios los artículos del Código que reconocen esta consecuencia, no obstante, para esta exposición nos interesa principalmente el artículo 83 inciso primero, ya que es concretamente la disposición dentro del título de los incidentes que consagra la posibilidad de atacar irregularidades dentro del proceso que busquen ser anuladas. Este artículo señala: “La nulidad procesal podrá ser declarada de oficio o a petición de parte, en los casos que la ley expresamente lo disponga y en todos aquellos en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad”.

Nos parece importante destacar de las líneas anteriores, que una lectura a *contrario sensu* nos permite deducir que es factible que se den dentro del proceso actuaciones judiciales viciosas que generen perjuicio a las partes, pero que no sean susceptibles de ser anuladas. Así las cosas, para anular actuaciones viciosas ellas deberán cumplir con el estándar de: a) ser inconvalidables, b) ser este el único mecanismo posible para sanear el acto procesal viciado, c) cumplir con el principio *nemo auditor* y d) que irroque un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad, lo que se condeciría con lo que es el principio de trascendencia (cfr., ídem), y es ahí nos parece

donde está el punto central: ¿cuándo se produce un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad?

Gorigoitia ha indicado que “el núcleo de la noción de perjuicio se encuentran las garantías constitucionales de carácter procesal” y añade que “en caso alguno, ellas se agotan en aquellas que expresamente se han establecido en el artículo 19 CPol., sino que deben entenderse incorporadas aquellas que caben dentro de las nociones de tutela judicial efectiva y de debido proceso que nuestra jurisprudencia constitucional reconoce en el numeral tercero, en especial en su inciso primero y en la noción de “racional y justo procedimiento” de su hoy inciso sexto”. Así, y es claro en decirlo: “la infracción a derechos como el acceso al proceso, la imparcialidad del juez o la motivación de las sentencias perfectamente pueden fundar una declaración de nulidad” (2013, pp. 587-588).

El autor nos deja de manifiesto dos cosas de suma relevancia. La primera es que el perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad se produce con cualquier vulneración de garantías constituciones de carácter procesal. Lo segundo es que estos derechos no se agotan en el articulado de la Constitución, sino que se ramifican hacia todos aquellos que se encuentren incluidos en la noción de proceso racional y justo. Reconoce expresamente Gorigoitia que entre estos derechos está la imparcialidad del juzgador, y que, la falta de ella puede fundar perfectamente una declaración de nulidad.

En el mismo orden, Carrasco reconoce que “la nulidad protege los derechos y garantías procesales sobre las cuales se construye el proceso”, de modo que “la vulneración de estas (bilateralidad de la audiencia, imparcialidad, independencia, igualdad de armas, buena fe, etc.) hace imposible cumplir con los fines del proceso que es ser un instrumento para la función jurisdiccional”. Prosigue señalando que “si esto es así, lo que procura el ordenamiento es evitar que se generen situaciones de indefensión”, y la indefensión para este autor se condice con la idea de este perjuicio que nos exige la ley (2011, p. 75).

Así las cosas, a nuestro parecer es del todo acertado afirmar que la interposición de un incidente de nulidad según el tenor del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil es del todo procedente en tanto concurra un vicio que se condiga con una falta a la imparcialidad del juzgador, no obstante, creemos que sería un verdadero desafío para el litigante, quien además de enfrentarse a la dificultad probatoria que representa demostrar la parcialidad del juzgador (salvo que se trate de una falta grosera), deberá argumentar por qué es procedente reclamar por esta vía, y, por si fuera poco, hacerlo ante el mismo juez que está siendo parcial. Se presenta así un cierto absurdo, donde el mismo juez que actuó de forma viciada debe fallar. ¿Nos ofrecerá su nuevo dictamen las suficientes garantías de imparcialidad? En definitiva, el resultado no sería claro, no obstante, si nuestro incidente es rechazado y persistimos en la idea, podríamos intentar impugnar la nueva resolución por otras vías y fundado en las mismas razones.

Para finalizar, cabe decir que en el caso hipotético de que todo lo anterior fuera sorteado, nos encontramos con una nueva cuestión y dice relación con el efecto de esta declaración de nulidad del artículo 83; el acto viciado sería anulado, pero el mismo tribunal -que ya se determinó

que sería parcial- seguiría conociendo del asunto. Para tal circunstancia corresponde la utilización de la causal octava de implicancia o la causal décima de recusación, tal como se hace en la práctica.

2. Casación en el fondo

Es de gran interés para nosotros –al menos teóricamente- la utilización de esta vía, principalmente por la amplitud de la causal en que se puede fundar. Pero vamos por parte y veamos qué nos señala el artículo 767 del CPC: “El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones o por 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, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia”.

A nivel general, la casación es definida por Correa Selamé (como se citó en Orellana, 2006, p. 173) como “aquel medio extraordinario que la ley otorga a las partes para obtener la invalidación de una sentencia cuando se ha dictado en un procedimiento viciado o con omisión de formalidades legales o cuando el tribunal ha infringido la ley decisoria del conflicto al resolverlo”. A su vez, Darío Benavente la define como “un recurso procesal que la ley otorga a las partes para obtener la invalidación de una sentencia cuando ésta ha sido dictada en un procedimiento vicioso o cuando el tribunal ha infringido la ley decisoria del conflicto al resolverlo” (idem).

En particular, sobre la casación en el fondo, Orellana nos señala que “el recurso de casación en el fondo es aquel acto jurídico procesal de parte agraviada con la dictación de determinadas resoluciones judiciales, por medio del cual se solicita a la Corte Suprema que invalide dichas sentencias y dicte otra en su reemplazo”, y tiene “tiene por objeto proteger la garantía constitucional de igualdad ante la ley, pues ésta se aplica a todos por igual al uniformar la jurisprudencia, es decir, su finalidad es conservar la uniformidad de la ley” (2006, p. 217).

Sus requisitos son: “a) La existencia de una causal que a diferencia de lo que ocurre con el recurso de casación en la forma, es de carácter genérica: Que exista una infracción de ley que influya en sustancialmente en los dispositivos del fallo, b) Que esta infracción de ley se produzca en una sentencia definitiva o interlocutoria que ponga término al juicio o que haga imposible su continuación, y que sean inapelables, c) Que las sentencias hayan sido dictadas por una Corte de Apelaciones o un Tribunal Arbitral de derecho de segunda instancia y d) Que exista solicitud de parte agraviada” (ibidem, p. 220). Es el primero de estos requisitos el que nos interesa; la causal genérica, puesto que dentro de ella nos parece viable encausar las faltas al deber de imparcialidad del juzgador.

Sobre esta causal, cuando la ley reza “expresar en qué consiste el o los errores de derecho” y “señalar de qué modo ese o esos errores de derecho”, lo que hace es utilizar la

expresión de forma genérica lo cual sin duda amplía la posibilidad de entablar este recurso al infringirse no sólo la ley, sino que a toda otra norma que constituya derecho” (Oberg y Manso, 2006, cfr. pp. 110-111). En ese sentido:

“Tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que el vocablo ley debe ser tomado en un sentido amplio, esto es, como la producción de los órganos legislativos, por lo tanto, se comprende en este vocablo a: la Constitución Política de la República, los Tratados Internacionales, Leyes Orgánicas Constitucionales, Leyes de Quórum Calificado, la Ley propiamente tal o Ley Ordinaria, Decretos Leyes y Decretos con Fuerza de Ley, la costumbre, en los casos que la ley se remita a ella o en silencio de la ley, cuando así deba aplicarse, la ley extranjera cuando en el ordenamiento jurídico interno existan normas que remitan expresamente a ella, de manera que, si el tribunal comete un error de derecho en la aplicación de esa ley, procedería la casación en el fondo y algunos incluyen la ley del Contrato, en virtud de lo señalado en el artículo 1554 del Código Civil” (Orellana, 2006, pp. 221-222).

Lo más relevante, es que la infracción debe ser sobre una “ley decisoria litis, es decir, que se trate de una ley que resuelva el juicio, una ley material, y que influya de manera sustancial en lo dispositivo del fallo, lo que implica que sin esta infracción el asunto se habría resuelto de una manera diversa a la fallada” (ibidem, pp. 222-223).

Con todo lo anterior, no tenemos duda de que podría entablarse un recurso de casación en el fondo en aquellos casos en que el juzgador falte a la imparcialidad, más allá de la dificultad que represente hacerlo. La cuestión está en que estaríamos limitados a exigir el regreso del imperio del derecho a la imparcialidad del juez sólo en aquellas resoluciones respecto de las cuales procede el recurso de casación en el fondo, en otras palabras, la falta a la imparcialidad deberá encontrarse en una sentencia inapelable, ya sea definitiva o interlocutoria de aquellas que establecen derechos permanentes para las partes o que hacen imposible su continuación (Oberg y Manso, 2006, cfr. p. 109).

La argumentación de tal recurso deberá basarse principalmente en el uso de tratados y convenciones internacionales a las cuales Chile esté suscrito que hablen acerca del debido proceso, así como la utilización de la propia Constitución en lo que respecta al desarrollo de un proceso racional y justo. Ahora bien, es importante transparentar la dificultad que esto representa, principalmente por el recelo de la Corte en hacer aplicación directa de las normas constitucionales y de TT.II como fundamento del recurso en cuestión. Así, por ejemplo, tenemos la sentencia de la Corte Suprema rol 3906-2000 que indica en su considerando veintiuno: “Que en primer término es útil resaltar la improcedencia de entablar una casación, fundándola en disposiciones de la Constitución Política de la República, a la luz de lo dispuesto en el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, porque la Carta Fundamental se limita a establecer principios y garantías de orden general, cuando versen sobre materias que tengan la correspondiente regulación en normas de orden legal, que sí merecen la protección que les brinda el presente recurso”.

Cuestión similar encontramos en la sentencia de la Corte caratulada "Corpesca S.A con Servicio de Salud de Antofagasta" del 30 de octubre del año 2002 en su considerando 8° cuando respecto a una reclamación que se funda en el debido proceso consagrado en nuestra constitución indica: "Que, por otro lado, conviene también reiterar lo expresado en numerosos fallos de casación, en orden a que resulta técnicamente inapropiado fundar un recurso de casación en normas de la Constitución Política de la República, -como se ha hecho en la especie- puesto que tales disposiciones se limitan a consagrar derechos, garantías o principios básicos y fundamentales, cuando ellos tienen la debida protección en normas de rango inferior, esto es, en normas de ley, entendida ésta en la forma como la define el artículo 1° del Código Civil". Mismo considerando y con igual numeración es reiterado en la sentencia rol 2802-2012.

Nos queda clara la postura de la Corte, y Bordalí respecto del penúltimo de los fallos citados nos indica:

"Tiene razón la sentencia cuando declara que el recurso de casación en el fondo no es la vía idónea para controlar la observancia de la garantía constitucional del debido proceso, pero las razones que se debieron dar, a nuestro juicio, son otras. En efecto, en este caso no se podía eludir que un rasgo distintivo de nuestro ordenamiento jurídico, durante más de un siglo, ha sido la tajante separación entre casación de forma y fondo.

Conforme a esa realidad, el control de las garantías procesales es una temática reservada fundamentalmente para el recurso de casación en la forma. Sin embargo, no se debe eludir que la casación en la forma tampoco es apta para conseguir el control pleno de la garantía constitucional que nos ocupa. En su actual diseño este medio de impugnación está limitado a controlar un conjunto de exigencias procedimentales, que si bien son muy relevantes, naturalmente no cubren todas las infracciones que en el terreno práctico podrían configurar una vulneración al debido proceso" (2005, p. 497).

Ahora bien, esto pareciera ser la práctica ya que el mismo autor así como otros juristas reconocen en realidad la factibilidad a lo menos teórica de poder fundar el recurso de casación en el fondo en normas constitucionales (ibidem, cfr. pp. 498). Finalmente, al respecto sentencia Bordalí: "A diferencia de lo que se sustenta en el considerando 8°, la verdad es que más que buscar limitar la causal fundante de la casación en el fondo, el desafío de la Corte Suprema debería ser justamente el contrario. Es insostenible mantener un control de la legalidad pensando que las únicas normas que influyen en lo dispositivo de las sentencias son las leyes, definidas estrictamente al tenor del artículo 1° del Código Civil. El desarrollo de nuestro sistema jurídico revela, cada día con mayor vigor, que en la decisión de los conflictos se aplican preceptos de naturaleza jurídica inferiores o superiores a la ley, que afectan relevantes derechos de los justiciables" (ibidem, p. 497).

Gandulfo es de una idea similar. Nos dice derechamente respecto a la factibilidad de fundar la casación en el fondo directamente desde la Constitución que "en general, hay cierto consenso en el mundo constitucional de que ella sí debe tener aplicación directa. De hecho, nos

rige el principio de vinculación directa a la Constitución, que en lo nuclear dice que las normas constitucionales pueden ser aplicadas a la vida práctica, sin tener que pasar por el desarrollo de otra norma, de acuerdo al art. 6 inc. 2 CPR” (2014, p. 618), ahora bien, el autor es claro en señalar que “el cómo es lo que podría complicar, y esto se abre en otro aspecto metodológico y uno estrictamente jurídico” (idem), lo que esclarece la dificultad que puede representar el asunto.

Otra vía que también nos parece factible dentro de este recurso y que es compatible con algunos casos que hemos propuesto a lo largo del acápite anterior, tiene relación con fundar el recurso de casación en el fondo en una violación a las normas reguladoras de la prueba en aquellos casos en que la sentencia haya sido pronunciada sobre hechos que han sido determinados en la fase probatoria por un juez parcial. La cuestión está en que dicha falta debería ser grave y constatable.

Según Oberg y Manso, “hay violación a las leyes reguladoras de la prueba y, por consiguiente, procede recurso de casación en el fondo, en los siguientes casos:

1. Cuando se ha alterado de peso de la prueba sin mediar una convención entre las partes interesadas. La infracción al art. 1698 del Código Civil.
2. Cuando se admite un medio probatorio no señalado por la ley, o se rechaza uno permitido por la ley. Se infringen los arts. 1698 del Código Civil y 341 del C. Procedimiento Civil.
3. Cuando se infringen las leyes que reglan el valor probatorio de los medios de prueba” (2006, pp. 112-113).

Estos escenarios son al menos mínimamente posibles de concebir bajo la óptica de la falta de imparcialidad, sobre todo según lo que hemos analizado, por ejemplo, respecto al apartado de los sesgos que se quiera o no podrían llevar a cometer errores y faltas a la imparcialidad, no obstante, parece de relevancia destacar nuevamente la actitud de la Corte, ya que además de lo indicado hace unos párrafos sobre la improcedencia de la normativa Constitucional para fundar el recurso, nuestro Tribunal Supremo es receloso también en admitir casaciones en el fondo cuando se trata de las normas de la prueba, ya que suele intentarse una nueva revisión de los hechos cuando el litigante no está conforme, de modo que distinguen entre normas que legítimamente regulan la prueba, y las *normas de valoración*, que en realidad serían normas facultativas, respecto de las cuales no sería procedente a criterio de la Corte el recurso en cuestión. Así lo retrata Larroucau, quien como veremos, nos dice que la mejor forma para reclamar la valoración de los hechos -como veremos en el siguiente punto- en este sentido sería la casación en la forma a través de las motivaciones defectuosas (2017, cfr. pp. 214-231). La cuestión creemos que está finalmente en la resolución que cada parte decida atacar y la forma en que determinemos que el juez ha actuado de forma parcial.

3. Casación en la forma

Dicho lo anterior, cabe el análisis del presente recurso -consagrado en el artículo 768 de nuestro CPC- como búsqueda de las soluciones más práctica para solucionar los problemas de

falta de imparcialidad en la sentencia definitiva. Así las cosas, parece ser que la doctrina está de acuerdo en que si lo que se busca es proteger vulneraciones al debido proceso –recordemos que la imparcialidad es parte esencial de su contenido- y sobre todo respecto a la valoración de la prueba conforme a los estándares de un proceso racional y justo, más que la casación en el fondo, es la casación en la forma la herramienta que debemos utilizar.

Para Mosquera y Maturana la casación en la forma se trata del “acto jurídico procesal de la parte agraviada destinado a obtener del tribunal superior jerárquico la invalidación de una sentencia, por haber sido pronunciada por el Tribunal inferior con prescindencia de los requisitos legales o emanar de un procedimiento viciado al haberse omitido las formalidades esenciales que la ley establece” (2010, p. 245). En similar sentido nos encamina Casarino al decir que “la casación en la forma es un recurso extraordinario que la ley concede a la parte agraviada en contra de determinadas resoluciones judiciales, para obtener su anulación, cuando han sido dictadas con omisión de sus requisitos legales formales o dentro de procedimientos viciosos” (2009, p. 159). A esto último, añade que su objeto o finalidad “es obtener la invalidación del fallo recurrido, motivado por la infracción de las leyes que determinan: a) la sustanciación o ritualidad esencial del proceso, o b) los requisitos formales a que debe ajustarse el juzgador al pronunciar sus sentencias” (idem).

Al ser este recurso de carácter extraordinario nos encontramos con que sólo se podrá interponer en contra de cierto tipo de resoluciones y únicamente por las causales que están expresamente estipuladas, de modo que respecto de todo aquello que no se encuadre con la hipótesis de la norma no será procedente casar en la forma. Ahora bien, de todas las causales que contempla este recurso, aquella que considera la doctrina que es la vía más idónea para la protección de las garantías procesales que se condicen con el debido proceso es la causal 5ª del artículo 768, que pasamos a ver a continuación.

La norma nos indica: *“el recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las siguientes causales: 5ª. En haber sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170”*. Tal artículo nos indica cuáles son los elementos que las sentencias definitivas de primera o única instancia, o las definitivas de segunda instancia que modifiquen o revoquen, deben obligatoriamente contener. Dichos elementos son: “1º. La designación precisa de las partes litigantes, su domicilio y profesión u oficio; 2º. La enunciación breve de las peticiones o acciones deducidas por el demandante y de sus fundamentos; 3º. Igual enunciación de las excepciones o defensas alegadas por el demandado; 4º. Las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia; 5º. La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo; y 6º. La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio; pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas”.

De todos estos elementos mencionados, aquel que particularmente nos interesa es el del numeral 4º, que sería aquel que se condice con la noción de la “falta de fundamentación de la

sentencia”. Esta causal no sólo se dará cuando evidentemente no estén las consideraciones de hecho y derecho que sirven de fundamento para la decisión -es decir, aquella situación en que el sentenciador da su veredicto sin incluir las razones de hecho y de derecho-, sino que también se dará cuando aquellas motivaciones sean insuficientes o defectuosas.

Las motivaciones serán defectuosas cuando “no se desarrollan los razonamientos que sostienen la valoración de la prueba” (Larroucau, 2017, p. 215). Así, la casación en la forma tendrá una doble dimensión en la protección de la imparcialidad del juzgador; una respecto directamente a la valoración de la prueba bajo el efecto de sesgos y otra respecto de las sentencias aparentemente bien fundamentadas pero que bajo un mayor análisis ocultan razonamientos viciados, erróneos o que se fundan en creencias irracionales o prejuicios.

Respecto a esto último ahonda nuestra CS en la sentencia rol 31974-2017 señalando en sus considerandos segundo y tercero lo siguiente:

“SEGUNDO: Que de acuerdo al artículo 768 N°5 del cuerpo legal antes señalado, es causal de nulidad formal la circunstancia que el fallo haya sido pronunciado con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, uno de los cuales, el estatuido en el numeral cuarto, exige que contenga las consideraciones de hecho o de derecho que le sirven de fundamento, presupuesto que es reiterado en el Auto Acordado de esta Corte Suprema, sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920.

TERCERO: Que dicha exigencia dice relación con el imperativo de fundamentación que recae sobre las resoluciones judiciales, el que no se satisface sino con la claridad, congruencia, armonía y lógica en los razonamientos que deben contener las sentencias. De modo tal que la falta de fundamento no sólo se configura por la ausencia de motivaciones o argumentos, sino que también cuando los expresados son parciales o insuficientes o cuando existe incoherencia interna, arbitrariedad y/o irracionalidad”.

Nos parece que el considerando tercero es completamente esclarecedor ya que le abre la puerta al análisis argumentativo de los considerandos en cada sentencia, cuestión que es de vital importancia para determinar la existencia o no de imparcialidad en el dictamen del juez, tal como lo hemos venido adelantando en un par de oportunidades.

El asunto está en que si la sentencia está motivada como corresponde según el artículo 170 CPC respecto a las consideraciones de hecho y derecho, hay que revisar si tales motivaciones están hechas correctamente a nivel argumental y epistémico, ya que detrás podría haber ocultas motivaciones defectuosas.

Ponemos a vuestra disposición un ejemplo que podría paecer burdo, pero retrata perfectamente como un razonamiento podría ser válido pero podría estar viciado por la composición de sus premisas:

Premisa mayor: Todos los unicornios tienen un cuerno y cabello púrpura.

Premisa menor: Elizabeth tiene un cuerno y cabello púrpura.

Conclusión: Elizabeth es un unicornio.

Decimos a este respecto que el razonamiento en efecto es válido; es posible seguir la conclusión de las dos premisas anteriores, sin embargo, existe un problema dentro del razonamiento en el que no se reparó y que lo vicia: la inexistencia de los unicornios. También pudo haber sucedido que quien armó dicho razonamiento, haya visto mal y le haya parecido que Elizabeth tenía un cuerno en vez de un cintillo y que por un efecto de luz tenía el cabello púrpura.

En la decisión judicial, es decir, en este “procedimiento -y el resultado de este procedimiento- que lleva a cabo el juez para resolver un problema con relevancia jurídica que ha sido sometido a su conocimiento” (Carbonell, 2015, p. 14), encontramos un modelo de razonamiento similar al que hemos plasmado recién, con la diferencia de que la premisa mayor constituye la *premisa normativa* -cadena de enunciados cuyo objeto son especialmente normas-, mientras que la premisa menor constituye la *premisa fáctica* -cadena de enunciados referidos especialmente a hechos- (cfr., idem). Así, la misión del juez está en dar una decisión que esté debidamente justificada a nivel interno y a nivel externo. Tendrá justificación interna cuando la conclusión o su decisión sea seguida de ambas premisas (normativa y fáctica) y tendremos justificación externa cuando analizamos las razones por las que el juez estableció que utilizaría la premisa normativa (aplicación del derecho) y estableció tal o cual premisa fáctica (íbidem, cfr. pp. 14-16).

Corolario es que las motivaciones defectuosas podrán verse verificadas principalmente en procedimiento que el juez utilizó para la determinación de las premisas fácticas, es decir, cómo es que el juez llegó y estableció cada hecho que sirve de base para su decisión, ya que si el error estuviera en cómo estableció la premisa normativa, o si la conclusión luego del proceso de decisión no se siguiera de ambas premisas más probablemente tendríamos justificación para un recurso de casación en el fondo por error en la aplicación del derecho.

Lo principal para este apartado está en que la construcción de las diferentes premisas fácticas que usa el juez para su argumentación debe tener presente las consideraciones epistémicas que conllevan la labor del establecimiento de los hechos. Más allá de las discusiones que existen en torno a la verdad, sería un despropósito sostener que el establecimiento de los hechos no debe ser fruto de un proceso cognoscitivo lo más pulcro posible y ser lo más apegado posible también a la realidad. Así, y para cerrar la idea, estas consideraciones epistémicas son contrarias por su naturaleza a la valoración de la prueba basada en sesgos, emociones o estereotipos, ya que se aproximan únicamente desde la vivencia personal del juez, más que en hechos objetivos.

Creemos que es legítima la libertad que el legislador da a los jueces para valorar la prueba, pero eso no implica la libertad del juzgador para establecer los hechos que sirven de base para argumentar la decisión de forma parcial, insuficiente o viciada, o valiéndose de creencias injustificadas, incoherentes, arbitrarias o irracionales. En todas estas situaciones podríamos encontrar falta a la debida imparcialidad del juez y consideramos que el mejor método para reclamarlo, al menos en la sentencia definitiva, es el recurso de casación en la forma. No obstante, creemos más que pertinente señalar que por optimista que suene esta solución no hay nada sentado al respecto y no pasa más allá de ser una construcción teórica de lo expresado por la ley y lo dicho ocasionalmente por la doctrina y la jurisprudencia. Finalmente, el recurso de casación siempre representará por sí solo una dificultad para ser acogido por múltiples razones, ya sea por estadística, dificultad técnica, jurisprudencia asentada o para el caso concreto que estamos revisando, su reticencia a inmiscuirse en los hechos de cada causa a fin de evitar el tribunal convertirse en una tercera instancia.

4. ¿Inhabilitación de oficio sin causal de implicancia o recusación? Remisión a la Constitución y solicitud innovativa de autoevaluación

En este punto hemos de transparentar con el lector que entramos en un terreno de alta especulación, conformado únicamente por la práctica de los tribunales en el último tiempo. En ese orden, es posible observar una conducta repetida por parte de los tribunales consistentes en la inhabilitación de oficio sin que medie ninguna causal específica de implicancia o recusación, haciéndose única mención a la Constitución y al debido proceso, y, en ocasiones, a la Ley 20.285 sobre el acceso a la información pública. Se trata, además, de una práctica de difícil observación principalmente debido a que no está presente en el catastro público de sentencias al que tiene acceso toda la ciudadanía. Se da caso a caso y dentro de las primeras resoluciones del expediente de la causa, pero es muy interesante, ya que en el sistema judicial electrónico cuenta con su propia denominación de trámite, consignando: “CERT. INHABILIDAD ART.19 CPR”.

Por ejemplo, en la causa rol 73356-2020 de la Corte Suprema, en el folio N°5 del expediente podemos encontrar una resolución en que uno de los abogados integrantes se inhabilitó para conocer de la causa “a la luz de lo previsto en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y de la Ley 20.285 sobre “acceso a la información pública”, para los efectos que pudiera haber lugar”. Misma resolución podemos advertir expedida por uno de los ministros de la Corte para su propia inhabilitación en la causa rol 79498-2020 en el folio N°4.

Por otro lado, la Corte de Apelaciones de Valparaíso en la causa rol 1048-2021 del Libro de Familia, en el folio N°4 del expediente, podemos ver una resolución similar, manifestando uno de los abogados integrantes que “para resguardar lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución Política de la República, en su vertiente debido proceso en relación a la imparcialidad del juez, le afecta causal de recusación para entrar al conocimiento de la presente causa, por ser miembro del Consejo de la Corporación de Asistencia Judicial”. Aquí como puede advertirse, no existe de forma literal una causal de recusación estipulada en dicho articulado de nuestra Constitución, lo que, por cierto, encamina esta discusión.

Esta práctica nos parece que respondería a una duda planteada de forma sucinta por Bordalí cuando indica a propósito del análisis de las situaciones objetivas y subjetivas que podrían importar parcialidad del juez, lo siguiente:

“En todo ello importará determinar si se entiende que las situaciones que comportan falta de imparcialidad de los jueces o no las determinará en exclusiva el legislador o si los jueces (generalmente superiores) podrán ir más allá de lo que haya dispuesto la ley, haciendo una aplicación directa de la Constitución. Esto quiere decir, aplicado al Derecho chileno, si los jueces podrán ser apartados de una causa sólo por aplicación de las causales de implicancia o recusación que prevé el Código Orgánico de Tribunales, o bien los jueces que conocen de la inhabilitación de los mismos podrían considerar otras causas diferentes” (2009, p. 274).

Nos parece que se ha materializado de forma casi profética el asunto, pero vamos por parte. En primer lugar, tenemos el artículo 113 inciso primero que nos señala: “Sólo podrá inhabilitarse a los jueces y a los auxiliares de la Administración de Justicia para que intervengan en un negocio determinado, en los casos y por las causas de implicancia o recusación que señala el Código Orgánico de Tribunales”. Lo primero que hemos de observar es la expresión sólo podrá inhabilitarse a los jueces, que denota la acción de un tercero. La hipótesis de taxatividad de las causales de inhabilitación del artículo 113 se estaría refiriendo únicamente a aquellos casos en que alguien más busque inhabilitar a un juez, debido a que se utiliza la proposición “a” como complemento indirecto del verbo, denotando la persona ajena en que termina o recae la acción (Bosque y Demonte, 1999, cfr. pp. 1545-1546). Así, se dejaría la puerta abierta para que el juez por cuenta propia pudiera inhabilitarse, por ejemplo, según lo que venimos reseñando, a través de una remisión al debido proceso.

Esto último nos parece del todo posible si hacemos un pequeño viaje en la historia hasta nuestro Código de Procedimiento Civil publicado en 1902, el cual posee una redacción casi idéntica a la actual, prescribiendo en el inciso primero de su artículo 118 que: “Solo podrá inhabilitarse a los jueces, oficiales del ministerio público, defensores públicos i relatores para intervenir en un negocio determinado, en los casos i por las causas de implicancia o de recusacion que señala la Lei de Organizacion i Atribuciones de los Tribunales”¹. Posterior a esa fecha, como hemos visto, nuestro ordenamiento se ha ido actualizando y los imperativos constitucionales y de derecho internacional en cuanto a debido proceso y en particular respecto a imparcialidad también. El debido proceso, o el estándar de proceso racional y justo se ha venido afianzando de forma posterior a esa fecha, de modo de que si hubiera cualquier tipo de incompatibilidad debería resolverse por criterios de temporalidad y/o especialidad según las reglas de hermenéutica de nuestro Código Civil.

¹ Ley N° 1552 – Código de Procedimiento Civil, 30 de Agosto de 1902. [En línea] Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=22740&idVersion=1902-08-30> [Último acceso: 26 Noviembre 2021].

A nuestro parecer y en concordancia con los dichos de Bordalí citados hace unos párrafos, actualmente no hay impedimento para que el juez se inhabilite por causas diferentes a las consagradas por nuestro COI, si no que por el contrario; nos parece que los actuales estándares internacionales hacen un llamado superior al juez para que se posicione como garante del debido proceso, según el principio de autoridad del juez en el que “se rechaza la idea de un juez mero espectador que no intervenga activamente en el proceso. Se postula la presencia de un juez que ordene, de un juez que impulse, de un juez que sanee y de un juez que cumpla con la intermediación procesal sin que se desconozcan las posibilidades de participación de los demás sujetos procesales. El proceso es un instrumento público que debe estar dirigido por un sujeto que tiene unos poderes concretos en lo referente al cumplimiento de los requisitos formales, a la obtención de la prueba y finalmente, en lo que corresponde a la vigilancia de la ética propia del proceso” (Agudelo Ramírez, 2005, p. 94).

Con todo, parece quedarnos claro que los jueces por su propia cuenta pueden realizar inhabilitaciones de oficio con remisión al debido proceso y la Constitución, de hecho, como hemos visto efectivamente lo hacen. La cuestión que se nos presenta entonces, dice relación con la posibilidad de que sean las propias partes las que puedan solicitar o encaminar una inhabilitación por las mismas razones que los tribunales invocan, sobre todo, frente a la existencia de un paupérrimo estatuto de impugnancias y recusaciones, que como hemos visto, se queda cortísimo para lo que es la realidad actual del proceso civil.

La alternativa que estos redactores proponen frente a una falta a la imparcialidad guarda relación con la formulación de un incidente o el envío de un escrito que solicite al juez, no inhabilitarse, si no que evalúe su propia situación en el litigio de acuerdo al debido proceso consagrado en nuestra Constitución y los TT.II sobre la materia, así como al desempeño honesto y leal de su cargo, en relación a la Ley 20.285 y los principios que su artículo 11 consagra. El juez en razón de esos principios debería estar obligado a comunicar si es que cree o no estar en situación de inhabilitarse en observación al principio de imparcialidad, tal como lo hacen en la práctica nuestros tribunales superiores.

Desconocemos cuál podría ser la eficacia de un medio como este, pero creemos relevante destacarlo, ya que, si es una práctica cada vez más común que los tribunales se inhabiliten de forma unilateral, nada debería obstar para que las partes a lo menos puedan solicitar que el juzgador evalúe su posición. Distinto es el caso de solicitar derechamente que el tribunal se inhabilite, ya que en tal caso efectivamente chocaríamos con lo estipulado en el artículo 113 de nuestro CPC.

5. Recurso de apelación

El presente recurso, más allá de la posición en que lo presentamos, nos parece de suma relevancia, sobre todo por lo general que es su formulación. Así, el CPC en su artículo 186 señala lo siguiente: *“El recurso de apelación tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior”*.

Correa Selamé nos define el recurso de apelación como “el medio que la ley concede a la parte agraviada por una resolución judicial, para obtener del tribunal superior que la enmiende o la revoque reemplazándola por otra” (2006, p. 25). Mosquera y Matus nos indican que “el recurso de apelación es la institución contemplada por el legislador para los efectos de permitir la materialización en nuestro ordenamiento jurídico de la doble instancia”. Añaden al respecto que se “persigue que la resolución de un conflicto sea vista en dos oportunidades y a través de dos tribunales distintos” (2010, p. 123). Esto nos parece de especial relevancia, debido a que “la existencia del recurso de apelación permite a las partes contar con un medio para los efectos de requerir a los tribunales superiores que enmienden las omisiones o errores en que los inferiores pudieren haber incurrido *por cualquier causa* en el fallo de primera instancia” además de que este recurso es fallado “por una pluralidad de jueces que cuentan con una mayor preparación, experiencia y criterio que la de los inferiores que pronunciaron la decisión en primera instancia” (ibidem, p. 124).

Estas características a nuestro parecer le suman atractivo al recurso de apelación, siendo uno de los recursos más viables cuando se presente una situación de falta de imparcialidad en las sentencias definitivas, los autos y los decretos en caso de alterar la substanciación del juicio, y las sentencias interlocutorias según corresponda en cada caso. El desafío está en aquellas resoluciones que por su naturaleza no son apelables pero podrían ser una representación de falta de imparcialidad en el juicio, por ejemplo, un auto o un decreto que ordenan la substanciación del juicio, o aquellas resoluciones que directamente la ley indica que son inapelables.

Respecto al primer caso el escenario es más sencillo; bastará con cumplir los requisitos del recurso a nivel general, vale decir, presentarlo dentro de plazo, haber sufrido agravio -“el cual se genera con motivo de no haber obtenido la parte que impugna todo lo que pretendía dentro del proceso” (ibidem, p. 138) e incluir consideraciones de hecho y derecho en el que se fundan las peticiones concretas. Así, nos importará para la formulación del recurso que en los fundamentos de hecho se agreguen las circunstancias positivas que nos parecen constitutivas de falta a la imparcialidad, y, en las consideraciones de derecho, aquellas normas que hagan referencia a dicha institución, que, para el caso del juez civil ante tan pobre regulación, como hemos visto no tenemos mucho más que argumentar en base a la Constitución, a los TT.II, a los principios generales del derecho y en base a la doctrina.

El segundo caso pareciera revestir mayor complejidad: ¿qué sucede si la falta a la imparcialidad se verifica en una resolución que por su naturaleza no se puede apelar? Como lo es el caso de los autos y decretos que ordenan la substanciación del juicio. La respuesta obvia sería que el asunto termina ahí, la ley es clara al respecto y no se puede apelar, no obstante, nos parece interesante -al menos a nivel especulativo- el uso de una argumentación similar a la *teoría de los frutos del árbol envenado*, impugnando directamente la sentencia definitiva por falta de imparcialidad aun cuando en sus considerandos no se evidencia vulneraciones, esto, arguyendo a que precedentemente se hayan realizado actuaciones judiciales con falta al deber de imparcialidad del juzgador. La alternativa sería decir que la sentencia definitiva ha sido dictada por un tribunal parcial, situación respecto de la cual hay una prohibición implícita que se

desprende de las diversas normas en las que se funda nuestro ordenamiento jurídico, y que esto -en el juicio propiamente tal- se ha dejado entrever en autos, específicamente, en la resolución que no hemos podido apelar. En otras palabras, en tanto existe una resolución respecto de la cual el tribunal ha dejado ver su parcialidad, no podemos concluir sino que la sentencia también ha sido dictada por un tribunal parcial y se encuentra contaminada ex ante. Ello es así, sobre todo si tenemos en consideración la clasificación ya revisada de imparcialidad interna y externa; hablando a nivel de la administración de justicia, es necesario que el juez tanto a nivel interno como externo se nos presente como una figura imparcial. No basta sólo con serlo -como se sabe-, también hay que parecerlo.

Ahora, argumentando en un sentido similar, si el juez ha sido parcial en algún momento del juicio se ha morigerado la salud de tal proceso, haciendo necesaria una nueva instancia imparcial para que sea revisado el asunto. Todo esto cobra mayor fuerza si es que hacemos memoria respecto del primer acápite de esta tesina, donde es posible ver como elemento común a las nociones de imparcialidad, que ésta es una garantía transversal al proceso, y como tal, debe estar presente en él de principio a fin y en todas y cada una de las actuaciones del tribunal.

No queda si no decir que para el resguardo de la imparcialidad del juez civil la creatividad de los litigantes y la forma en que hagan llegar sus argumentos jugará una labor vital en la suerte del recurso y se tendrá que enfrentar de cara a la práctica y a la forma en que hacen su trabajo las Cortes. Además, es importante atender nuevamente al problema de la dificultad probatoria; sin duda el recurso siempre tendrá que fundarse en hechos positivos respecto de los cuales podamos entrever obvias faltas a la imparcialidad, de lo contrario, para el tribunal superior el recurso no pasará más allá de un intento leve de salvar la causa o de dilatar el proceso.

Como cuestión final, queda decir nuevamente que no todo es verdaderamente positivo; lo expresado anteriormente se trata de construcciones teóricas en base a lo dicho por la ley y la doctrina que pueden tener más o menos sentido para cada Corte. A fin de cuentas, por la formulación que tiene el recurso en la ley prácticamente cualquier cosa podría reclamarse por esta vía, no obstante, siempre tendremos por delante la deferencia con la que actúan los tribunales superiores de justicia y la dificultad que representa cada litigio de forma particular.

VI. Conclusiones: Hacia un estándar de imparcialidad para el juez civil y una reforma al estatuto de inhabilidades con facilidad probatoria

Todo lo que diremos a continuación no es sino una síntesis de lo dicho a lo largo de los primeros tres apartados de esta exposición y la derivación de algunas de las conclusiones en lo concerniente a cómo ha de manifestarse el concepto de imparcialidad a lo largo de todo el proceso.

Lo primero a decir es que nos parece que la garantía del tribunal imparcial, debido a su trascendencia, debe ser transversal a todo el litigio a tal punto de que no puede ser concebida una jurisdicción en regla con el debido proceso sin que medie como elemento esencial de este el

principio de imparcialidad. Su ausencia, por tanto, morigeraría de forma irreparable la salud del litigio y pondría en seria duda la justicia de nuestro ordenamiento. Así, por el bien del propio ordenamiento, el juez civil debe dar garantía de imparcialidad durante todo el proceso pese a que no esté expresado en tales términos en la ley chilena, y, cualquier falta en ese orden debería implicar la inhabilitación del juez de oficio o a petición de parte.

Ahora bien, todo lo anterior sería casi imposible de aplicar si no existe un estatuto de inhabilidades más amplio y con hipótesis fáciles de comprobar. Por ejemplo, de nada cambiaría el panorama si tuviéramos en la ley de procedimiento que en un artículo estipule la obligación del juez civil de ser imparcial si las causales por las que se puede inhabilitar a un juez siguen siendo las mismas. Tampoco cambiaría el asunto si se establecen nuevas hipótesis pero con supuestos difíciles de probar o muy gravosos para las partes porque la protección que otorgaría la ley se tornaría ilusoria.

Referente a esto último creemos que el sistema requiere una reforma y esta debe ser elaborada con una técnica legislativa que facilite la protección de las partes, tal como sucede por ejemplo en el artículo 493 del Código del Trabajo respecto a lo que se denomina *prueba indiciaria* (Pino, 2019), donde se le requiere a la parte únicamente el aporte de antecedentes que “resulten *indicios suficientes* de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales”. Existe una presunción bastante fuerte en favor del juzgador que hay que desvirtuar respecto a su imparcialidad, y es la fuerza de esa presunción la que hay que disminuir para encaminarnos en una regulación más favorable para los usuarios del sistema.

En ese sentido, una primera opción sería tratar de ampliar el catálogo de inhabilidades existentes con el riesgo de quedarnos con el problema que representa la taxatividad, es decir, que sigan quedando fuera situaciones no contempladas, lo que en sí podría representar una desprotección para las partes, sin olvidar que necesariamente habrán dificultades probatorias si se replica el modelo actual. También, otra vía -mejor a nuestro parecer- puede ser establecer una sola gran causal de inhabilitación lo bastante amplia como para abarcar todas las situaciones que puedan darse, mientras que al mismo tiempo se agrega el punto de los indicios. Así, por ejemplo, como ya dijimos “en USA, en el Title 28 United State Code, & 455 se prevé que el juez debe abstenerse cada vez que su imparcialidad pudiese ser puesta razonablemente en duda” (Rivera, 2001, p. 19). Esto último puede materializarse estableciendo una norma con un contenido que obligue a abstenerse de seguir conociendo cuando las partes aporten antecedentes indiciarios de una pérdida de imparcialidad. Esto, debería presentarse preferentemente ante un tribunal superior, contemplando además un inciso que recoja la posibilidad de que el tribunal superior que conoce de la inhabilitación pueda anular también aquellas actuaciones puntuales que hubieren sido dictadas por el tribunal que ha perdido la imparcialidad.

Aunque lo anterior podría significar la dilatación del proceso en algunos casos, nos parece que no resulta tan relevante si ponemos sobre la mesa los bienes que están en juego; derechos fundamentales, certeza jurídica y también la propia justicia. Creemos que vale más una

sentencia justa dictada por un tribunal verdaderamente imparcial, que una sentencia rápida pero injusta.

Con todo, al principio de esta exposición hemos revisado el concepto de imparcialidad, no obstante, creemos pertinente elaborar una suerte de resumen o un concepto unificado con los elementos más relevantes para llegar a un *estándar de imparcialidad* que ha de cumplirse en todo proceso, y, que de no estar, su ausencia debería bastar para cuando menos cuestionarnos si el tribunal que está conociendo del asunto es o no imparcial. Así, en el marco de este principio, el tribunal deberá siempre: a) actuar con neutralidad a lo largo de todo el proceso sin inclinar la balanza hacia ninguna de las partes, b) apegar su actuar siempre hacia la legalidad, siendo este el principal criterio para dirimir los asuntos, c) resguardar su apariencia como tercero imparcial, evitando toda acción o pronunciamiento en favor de alguna de las partes sin seguir el criterio de legalidad recién menciona, y, d) reconocer la imparcialidad como un principio que ha de estar presente durante todo el litigio y consustancial al debido proceso.

Todos estos elementos nos hablarán sobre la salud del proceso como si se tratara de un termómetro y nos permitirán acercarnos más a los estándares internacionales, no sólo de la imparcialidad, sino que también a la noción de un proceso verdaderamente racional y justo.

Como última cuestión, creemos que el valor de la imparcialidad ha sido descuidado y poco cuestionado, y sin duda hace falta reflexión en torno a su implementación como presupuesto básico en los sistemas de justicia actuales y de los que están por venir, ya sea en el nuevo Código Procesal Civil o en la nueva Constitución. El legislador tiene un gran desafío en ese sentido y se encuentra en verdadera deuda, no obstante, los tribunales también son parte importante del asunto y debería haber mayor preocupación al respecto por parte de ellos. Cuando tenemos un legislador deficiente, no existe sino un imperativo del propio ordenamiento hacia los jueces de colmar las deficiencias y silencios que haya, tanto por la seguridad jurídica como para la confianza en la administración de justicia.

Ahora bien por más triste que sea el escenario siempre habrá una luz de esperanza. Hoy estamos en el momento perfecto para el impulso de cambios estructurales que beneficien a la sociedad y su seguridad jurídica. Sin duda hace falta una reforma, pero quizá también es del todo razonable y necesario darle cabida a los remedios procesales que hemos revisado, ya que, la falta de herramientas para hacer frente a las situaciones de parcialidad puede materializarse en la más profunda indefensión de los usuarios del sistema de justicia; un panorama sin duda desolador.

Bibliografía

- Aguledo Ramírez, M., (2005). El debido proceso. *Opinión Jurídica*, 4(7), 89-105.
- Aylwin Azócar, P., (2009). *El Juicio Arbitral*. 5ta ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Barón, L., y Zapata Rotundo, G., (2018). Los sesgos cognitivos: de la psicología cognitiva a la perspectiva cognitiva de la organización y su relación con los procesos de toma de decisiones gerenciales. *Ciencia y Sociedad*, 43(1), 31-47.
- Bordalí Salamanca, A., (2009). El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°33, pp. 263-302.
- Bosque Muñoz, I., y Demonte Barreto, V., (1999). *Gramática Descriptiva de la Lengua Española* (Vol. 2). Madrid, España: Espasa.
- Carrasco Poblete, J., (2011). La nulidad procesal como técnica protectora de los derechos y garantías de las partes en el derecho procesal chileno. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*(1), 49-84.
- Casarino Viterbo, M., (2011). *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Casarino Viterbo, M., (2005). *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil, Tomo III*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Chávez Chávez, E., (2020). *Normas comunes a todo procedimiento. Práctica forense*. Santiago: Tofulex Ediciones Jurídicas.
- Clérico, L., (2018). Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad. *Revista Derecho del Estado*, N°41, pp. 67-96.
- Carbonell Belloio, F., (2015). Sobre la idea de decisión judicial correcta. *Analisi e Diritto*, pp. 11-46.
- Correa Selamé, J., (2018). *Curso de Derecho Procesal, Tomo II*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Correa Selamé, J., (2006). *Curso de Derecho Procesal, Tomo VI*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Cortada de Kohan, N., (2008). Los sesgos cognitivos en la toma de decisiones. *International Journal of Psychological Research*, 1(1), 68-73.
- De la Rosa Rodríguez, P. y Sandoval Navarro, V., (2016). Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. *Aportes de la psicología jurídica a los procesos penales del proceso acusatorio. Derecho Penal y Criminología*, 37(102), 141-164.

Escobar-Martinez, L. M., (2009). La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro. *Int. Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Julio, N°15, pp. 181-214.

Ferrer Mac Gregor E. y Ventura Robles M., (2014). El derecho a un juez o tribunal imparcial: análisis del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (A la luz del Caso del Pueblo Indígena Mapuche Vs. Chile).

Gandulfo, E., (2008). Casación y Constitución, en materia de fondo civil. Reflexiones metodológicas sobre una sentencia que venció las tentaciones. *Ius et Praxis*, 14(2), pp. 611-613.

García Atención, F., (2018). TIC en los docentes. *Logos, Ciencia & Tecnología*, 10(3), 116-122.

García Pino, G. y Contreras Vásquez, P., (2013). El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. *Estudios Constitucionales*, 11(2), pp. 229-280.

Goldsmidt Lange, W. y Gómez Orbaneja, E., (1950). La imparcialidad como principio básico del proceso: (la parcialidad y la imparcialidad). Madrid: Instituto Español de Derecho Procesal.

Gorigoitía Abbott, F. y Meneses Pacheco, C., (2019). Contra la conciliación intraprocesal en el proceso civil: reflexiones y propuestas de cambio. En: *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*. Eduardo Mac-Grégor Poisot, Juarez Tavares, Luis López Guerra, Owen M. Fiss y Tomás Vives Antón (eds.). Sao Paulo: Tirant lo Blanch. pp. 543-556.

Gorigoitía Abbott, F., (2013). El perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad como estándar de invalidez de las actuaciones procesales civiles. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Volumen XL, pp. 575-599.

Hunter Ampuero, I., (2015). Las dificultades probatorias en el proceso civil: tratamiento doctrinal y jurisprudencia, críticas y una propuesta. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 22(1), pp. 209-257.

Larroucau Torres, J., (2017). Los fines de la casación por valoración de la prueba. En: *Recursos Procesales Problemas Actuales*. Diego Palomo Vélez (dir.), Jordi Delgado Castro y Raúl Núñez Ojeda (coords.) Santiago: Der Ediciones, pp. 209-237.

Mateos Martínez, J., (2014). ¿Cómo garantizar que el juez sea digno de su poder? Reflexiones sobre la independencia del poder judicial con base en el sistema político español. *Ars Boni et Aequi*, pp. 135-164.

Mosquera Ruiz, M. y Maturana Miquel, C., (2010). *Los Recursos Procesales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Muñoz Aranguren, A., (2011). La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *Revista para el análisis del derecho* (2), 1-39.

Navarro Beltrán, E., (2013). El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, pp. 121-145.

Nieva Fenoll, J., (2012). El sesgo ideológico como causa de recusación. *Revista Ius et Praxis*, 18(2), 295-308.

Núñez Ojeda, R., y Pérez-Ragone, Á. (2015). *Manual de Derecho Procesal Civil. Los Medios de Impugnación*. Santiago, Chile: Legal Publishing, Thomson Reuters.

Oberg Yáñez, H., y Manso Villalón, M. (2006). *Recursos procesales civiles, Recurso de reposición, aclaración, queja, hecho y casación*. Santiago: LexisNexis.

Orellana Solari, N., (2013). Cuestionamientos sobre la imparcialidad del juez de garantía en el proceso simplificado chileno. *Revista de derecho, Universidad San Sebastián*, N°19, pp. 47-73.

Orellana Torres, F., (2006). *Manual de Derecho Procesal, Recursos Procesales Civiles*. Santiago, Chile: Librotecnia.

Pino Henríquez, F., (2019.) *Facilitación probatoria en el procedimiento de tutela laboral*. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 10(20), pp. 79-118.

Ríos del Río J., (2008). *La imparcialidad judicial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*. Tesis de pregrado. Universidad Austral de Chile. Valdivia.

Rivera Morales, R., (2011). La Imparcialidad Judicial como Garantía del Debido Proceso. Justicia. *Revista de Derecho Procesal*, 2(1), pp. 17-22.

Romero Seguel, A., (2001). La independencia e imparcialidad el juez árbitro. *Revista Chilena de Derecho*, 28(3), pp. 509-535.

Romero Seguel, A., (2005). El recurso de casación en el fondo como medio para denuncia la infracción a la Constitución. *Revista Chilena de Derecho*, 32(3), pp. 495-500.

Romero Seguel, A., (2009). *Curso de Derecho Procesal Civil. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Sharman, J., (1996). *Ética judicial: independencia, imparcialidad e integridad*. [En línea] Disponible en: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3912/bid-etica-judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
[Último acceso: 31 octubre 2021].

Valenzuela Oyaneder C., (2020). *El principio de igualdad entre los padres. Fundamentos desde las teorías jurídicas feministas*. Tesis doctoral. Universidad Diego Portales. Santiago.

Undurraga, V., (2017). *¡Cuidado! Los estereotipos engañan (y pueden provocar injusticias)*. [En línea] Disponible en: <http://www.uai.cl/columnas-de-opinion/cuidado-los-estereotipos-enganan-y-pueden-provocar-injusticias>
[Último acceso: 31 octubre 2021].

