

Imparcialidad Judicial en un debido Proceso Constitucional *

Luís Leonardo Galaz Carrasco **

Resumen

La doctrina nacional ha estado conteste en que en el inciso quinto del artículo 19 N°3 de nuestra Constitución Política de la República se encuentra subsumida la garantía del Debido Proceso y, del mismo modo, como parte integrante de ésta, se encuentra el principio de la imparcialidad judicial.

Ahora, al momento de analizar el principio de la imparcialidad del juzgador lo podemos hacer desde un doble

* El siguiente texto corresponde al trabajo presentado por Luís Leonardo Galaz Carrasco, egresado de Derecho (2007), de la Universidad de Concepción, al concurso para estudiantes de Derecho organizado por el Instituto Panamericano de Derecho Procesal en el marco del XXI encuentro de dicho Instituto en la ciudad de Cali, Colombia (agosto de 2008), en el cual obtuvo el primero lugar, luego de haberlo expuesto y defendido personalmente en dicha ciudad.

El trabajo del autor está enfocado en realizar un análisis crítico de algunos aspectos de los procesos Civil, Laboral y Penal vigentes a la fecha de presentación del trabajo, en relación con la garantía constitucional del debido proceso.

**Alumno egresado de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción el año académico 2007. Desempeñándose en la actualidad como alumno ayudante del departamento de Derecho Procesal de la Escuela de Derecho de la referida casa de estudios.

punto de vista, sea éste Garantista o Decisionista¹, ello en atención al rol que se cree debe corresponderle al juez durante el desarrollo de la litis. Sin mayor abundamiento sobre el contenido de ambas corrientes, el autor del presente trabajo ha hecho un análisis desde el prisma Garantista sobre algunos de los procesos de más reciente data en nuestro país. De este modo resulta del todo evidente el resultado obtenido, pues, tal como se explicará en los sucesivos, basta con un exiguo análisis de las facultades concedidas por el texto positivo a nuestro juzgador, para darnos cuenta que durante todo el curso del proceso se encuentra dotado de herramientas legales que lo facultan para actuar como inquisidor más que como tercero supra partes, todo ello en desmedro de su esencial carácter de imparcial, imparcial e independiente.

Palabras Clave

Debido *Proceso* - Imparcialidad, Imparzialità e Independencia - Impulso procesal de oficio - Implicancias y Recusaciones - Vinculación directa de los preceptos constitucionales.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de la Republica, en su artículo 19, numeral 3 inciso quinto prescribe: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado.

Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, garantía denominada como debido proceso constitucional.

¹ Sobre Garantismo Procesal véase ALVARADO VELLOSO, ADOLFO. “El Debido Proceso de la Garantía Constitucional” (Argentina 2003); “Debido Proceso versus Pruebas de Oficio” (Colombia 2005); Garantismo Procesal contra Actuación Judicial de Oficio” (España 2005); “Proceso Civil e Ideología” (España 2006); “Garantismo Procesal versus Prueba Judicial Oficiosa” (2006, con ediciones en Chile, Paraguay y Perú), entre otras.

No es que el propio artículo 19 en su numeral tercero se refiera textualmente al “debido proceso”, sino que, tal como acontece con la mayoría de las Constituciones americanas, no se hace expresa alusión a él, centrándose en regular un procedimiento racional y justo. Por ello la doctrina procesal y constitucional la ha llamado una garantía innominada.

Ahora bien, se hace necesario señalar, a grandes rasgos, cuál es el contenido específico que debe tener un proceso para ser calificado de “debido”. A este respecto, el profesor Alvarado Velloso señala que debido proceso “es aquel que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que discuten como antagonistas en pie de *perfecta igualdad* ante una autoridad que es un *tercero* en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente)”.

En otras palabras, para este autor, el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios, vale decir, igualdad de las partes litigantes, imparcialidad del juzgador, transitoriedad de la serie, eficacia de la serie y moralidad en el debate.

Si falta alguno de dichos principios en términos absolutos no estaremos ante un proceso, sino ante un procedimiento con apariencias de proceso, ya que en éstos no concurren los principios procesales antes enunciados.

Entonces la imparcialidad judicial se perfila como uno de los principios del *proceso*, en otras palabras, como parte integrante y necesaria de un debido proceso constitucional.

A continuación llevaré a cabo un análisis de parte de la legislación procesal chilena vigente, a fin de comprobar si efectivamente se está cumpliendo el mandato constitucional del artículo 19 n° 3 inciso quinto, específicamente en lo que atañe a la imparcialidad judicial.

Abordaré el tema de la imparcialidad judicial, como garantía inherente al debido proceso, desde una doble perspectiva:

Primero, mediante el análisis de algunos aspectos relevantes en la normativa legal vigente del proceso penal, con el objeto de concluir si dicha normativa regula de tal forma la actividad del juez que le garantiza a los

intervinientes que éste será, frente al asunto de que conozca, imparcial, imparcial e independiente.

Respecto al procedimiento civil ordinario y al proceso laboral, solo efectuaré algunos breves comentarios, que creo oportunos para estos fines.

Y, segundo, mediante el análisis de los diversos mecanismos que ofrece la ley a los justiciables e incluso al mismo juez, para garantizar en el caso concreto la debida imparcialidad.

OBSERVACIÓN PREVIA

Antes de comenzar con el análisis de los referidos procesos, estimo conveniente formular una observación: creo que es imposible aspirar a un juez completamente imparcial, pues, antes de ser sentenciadores, son personas, con emociones, sentimientos, pasiones, que ni la más perfecta norma jurídica puede evitar o atenuar. Es imposible que una persona se despoje de su propia historia, personalidad, gustos, sentimientos, esto es, que deje de ser persona para poder juzgar. La neutralidad absoluta es imposible. Con todo, debemos poner el acento en cuáles son aquellas condiciones que según la enseñanza empírica se nos presentan como condicionante para el juez y que le despojan de su imparcialidad.¹ Por lo mismo, con las observaciones críticas, que paso a formular de la normativa procesal no pretendo otra cosa que llamar la atención sobre ciertos tópicos, con el objeto de *aspirar a mejorar*, aunque sea levemente, la regulación de la actividad del juez dentro del proceso para así potenciar su actitud de director y finalmente juzgador del mismo, privándole, en beneficio de la paz social y de la confianza ciudadana en la justicia, de todo aquello que permita evidenciar dejos de parcialidad anteriores a la sentencia, y que son propios de la contaminación procesal a que se ve expuesto el sentenciador, pues si existe algún momento en que el juez debe dejar de ser imparcial a la luz pública es al pronunciar sentencia definitiva, no antes.

¹ VALDES HUECHE. REMBERTO. "El proceso. La imparcialidad. Sistema inquisitivo y acusatorio. La concepción unitaria del proceso. La constitución política y los tratados de derechos humanos." Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado. Chile No. 12(dic. 2004) p.115-137.

I. ANÁLISIS DE ALGUNOS PROCESOS VIGENTES EN CHILE.

Breves comentarios sobre el Procedimiento Civil Ordinario y el Proceso Laboral.

a) Respecto al Procedimiento Civil Ordinario.

Regulado principalmente en nuestro Código de Procedimiento Civil, solo me referiré someramente a él y al mismo tiempo señalaré las razones por las que no he querido profundizar mi análisis:

Primero, se trata de un código que data de 1902, contemplando entre sus tantas instituciones varias que se podrían considerar, además de anticuadas, atentatorias contra la idea de proceso, específicamente atentatorias contra la imparcialidad judicial objeto de este estudio.

Al respecto baste referirse al trámite de la conciliación (artículos 262 y siguientes), título agregado al código mediante ley 7.760 del año 1944, mediante el cual se permite al juez en el artículo 266 “de oficio ordenar agregar aquellos antecedentes y medios probatorios que estime pertinentes”, situación claramente contraria al principio dispositivo o de aporte probatorio de parte que inspira o por lo menos debiese inspirar nuestra legislación, pues aquí es el juez quien está allegando medios probatorios y con ello está claramente favoreciendo a una de las partes en perjuicio de la otra.

Otro comentario respecto al trámite de la conciliación es aquel que dice relación con las bases del acuerdo mismo a que llegan las partes, pues el artículo 262 en la parte final de su inciso primero señala que “...el juez llamará a las partes a conciliación y les propondrá personalmente bases de arreglo”. El juez para encontrarse en condiciones de formular una propuesta relativamente razonable y concordante con los intereses de las partes necesariamente debe haberse interiorizado del proceso, haber obtenido conclusiones anticipadas en lo que va de su desarrollo, por lo tanto al proponer a las partes personalmente bases de arreglo no está haciendo otra cosas que manifestar su dictamen sobre la cuestión controvertida, con conocimiento de los antecedentes del juicio, pero con anterioridad a la etapa de sentencia. Y dicha situación encaja perfectamente en la causal de implicancia del artículo 195 número 8 según la cual “Son

causas de implicancia: 8º haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia". Lo mismo ocurre con la causal de recusación del artículo 196 número 10, según la cual "son causas de recusación: 10º Haber el juez manifestado de cualquier modo su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiere hecho con conocimiento de ella".

Sobre este punto el legislador, a fin de evitar dicha contradicción entre la institución de la conciliación y las causales de implicancia y recusación antes mencionadas, en el artículo 263 prescribe "...Las opiniones que emita (el juez) no lo inhabilitaran para seguir conociendo de la causa", norma que no creo venga a solucionar tal problema pues, en este caso la ley no está haciendo otra cosa que justificar y perdonar una inhabilidad antes de que ella ocurra, porque es claro que el juez al proponer personalmente bases de arreglo se ha inhabilitado para seguir conociendo del asunto en el evento que dicha conciliación fracase. Por tanto me parece que, no obstante el tenor literal del artículo 263 lo más razonable y justo para todas las partes comprometidas es que se siga adelante con el procedimiento propio de las implicancias y recusaciones.

Otro caso al que me quiero referir es al de las *polémicas* medidas para mejor resolver (artículo 159 y siguientes) respecto de las cuales hasta su constitucionalidad ha sido puesta en duda. En este punto baste citar a don Hugo Botto Oakley y su libro "Inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver" en el cual desarrolla *in extenso* dicho problema.

En segundo lugar, no he querido profundizar mi análisis en dicho procedimiento por una razón muy simple, ya se encuentra en estudio el anteproyecto de Código Procesal Civil, con lo cual un análisis crítico más extenso del actual Código de Procedimiento Civil no lo creo conveniente.

b) Respecto al Proceso Laboral.

La ley 20.087 de 03 de enero de 2006 viene a sustituir el procedimiento laboral contemplado en el libro quinto del Código del Trabajo. Dicha normativa de reciente data ha tenido por fines, entre otros, el asegurar el efectivo y oportuno cobro de los créditos laborales; la agilización de los juicios del trabajo; potenciar el carácter diferenciado del

procedimiento del trabajo. Ahora, en busca de estos fines es que ha fijado una serie de principios que tienden a ello y, en definitiva, todo el desarrollo de dicho texto legal se ha orientado en tal sentido.

Desde ya quiero recalcar que dentro del desarrollo del proceso laboral se hace notar una exagerada intervención del juez con el objeto de hacer cumplir los fines antes mencionados. Baste mencionar que, entre sus principios, artículos 425 y siguientes, está el de *impulso procesal de oficio*, según el cual se prescribe, entre otras materias, que el juez podrá decretar las pruebas que sean necesarias aún cuando no las hayan ofrecido las partes y rechazará aquellas que considere inconducentes. Adoptará, asimismo, las medidas tendientes a evitar la paralización del proceso o su prolongación indebida, no siendo aplicable en consecuencia la figura del abandono del procedimiento. Desde ya se nota el papel que le corresponde al juez en este tipo de juicios, convirtiéndolo en un interviniente más, con alto grado de participación y control, pues la pasividad característica de los juzgadores al parecer ha sido olvidada en los procesos laborales.

Toda la normativa laboral tiende a otorgarle un enorme grado de participación al juez en estos juicios. Al respecto baste mencionar algunas normas que lo demuestran. Así, el artículo 429 prescribe "El tribunal, una vez reclamada su intervención en forma legal, *actuará de oficio*. Decretará las pruebas que estime necesarias, *aun cuando no las hayan ofrecido las partes* y rechazará aquellas que considere inconducentes...". Con la sola lectura de esta norma podemos advertir que se ha vuelto al sistema inquisitivo español del siglo XV, pues la ley le permite al juez actuar de oficio durante el curso del procedimiento, sin mayores restricciones, pudiendo incluso decretar pruebas, aun no ofrecidas por las partes, es decir, se transforma en juez y parte, y la ley le permite actuar con alto grado de libertad, lo que desencadenará una marcada parcialidad en cada juicio de que conozca un juez con tal nivel de atribuciones.

Otro tanto ocurre con el trámite de la conciliación, artículo 453 n° 3, respecto de la cual me remito a las mismas observaciones formuladas precedentemente respecto al trámite de la conciliación regulada en el Código de Procedimiento civil.

Respecto a las medidas para mejor resolver, el proyecto contemplaba en el artículo 468 la facultad del juez de decretarlas, estableciéndose a modo ejemplar como tales: la agregación de documentos,

confesión judicial de las partes, inspección personal del tribunal, informe de peritos, presentación de otros autos que tengan relación con el pleito e informe de los organismos públicos a los cuales la ley asigna la facultad de interpretar la legislación laboral y de seguridad social sobre la jurisprudencia administrativa que hubieren emitido. Sin embargo, el texto definitivo de la ley optó por no incluirlas. Ahora bien, ello no se puede considerar un avance en la materia pues de todos modos, como lo señalé anteriormente al juez se le permite, una vez reclamada su intervención, actuar de oficio y decretar las pruebas que estime conducentes. Estas facultades otorgadas actualmente al juez laboral, incluidas las probatorias, son mucho más amplias que las medidas para mejor resolver, pues, de partida, no están limitadas a dictarse luego que el juez cite a las partes a oír sentencia (como acontece con las medidas para mejor resolver), sino que pueden ser adoptadas de oficio durante todo el curso del proceso, una vez reclamada su intervención.

Todas estas medidas tienen por fin, entre otros y como lo he señalado anteriormente, potenciar el carácter diferenciado del procedimiento del trabajo, vale decir, “el proceso laboral busca materializar en el ámbito jurisdiccional las particularidades propias del Derecho del Trabajo, en especial su carácter protector y compensador de las posiciones disímiles de los contratantes. De ahí, la necesidad de contar con un sistema procesal diferenciado claramente del sistema procesal civil, cuyos objetivos son no solo diversos sino en muchas ocasiones antagónicos”.²

A este respecto, y siguiendo al profesor Alvarado Velloso, creo de lo más justo, conveniente y necesario paliar la *desigualdad real* existente entre empleador y trabajador. A ello ha tendido la regulación del Derecho Sustantivo, pero una instancia procesal en que las partes discuten sus derechos en pie de igualdad jurídica ante un tercero que debe ser imparcial, imparcial e independiente, debe serlo así cualquiera sea la naturaleza del debate, pues ese tercero es y debe seguir siendo juzgador, encargado final de asegurar la *igualdad jurídica* de las partes. Por tanto, no puede concebirse al juez como una autoridad que ha venido a corregir las *desigualdades reales* entre las partes, antes bien, podrá ser cuidada por defensores *ad hoc*, por asesores en el litigio que procedan promiscuamente con los representantes

² Mensaje del Ejecutivo a la Cámara de Diputados. Primer trámite constitucional. Agosto de 2003.

de los trabajadores, por muchos y variados funcionarios, pero que se dediquen con *exclusividad* a ello. Nunca por el juez, pues éste, al desnivelar la igualdad jurídica para lograr una supuesta y nunca alcanzable igualdad real, logra solo desequilibrar la fiel balanza de la justicia y hacer ilegítima su sentencia,...por justa que sea en los hechos, y para el sentir del propio juzgador.³

ANÁLISIS DEL PROCESO PENAL

He decidido centrar mi estudio en este proceso por ser relativamente nuevo, además de poder contar, en lo que va de su aplicación, con una serie de fallos que me permitan conocer la eficacia o ineficacia práctica de sus instituciones. El estar contenido dicho proceso principalmente en el Código Procesal Penal aprobado por ley 19.696 de octubre de 2000 (relativamente reciente) hace pensar que en su texto positivo se plasma (o debiera) plasmar la concepción vigente en nuestra sociedad sobre las ideas de proceso, garantías constitucionales y respeto a los derechos de las personas, consagrados en innumerables tratados internacionales ratificados por Chile y actualmente vigentes.

Creo que, de partida, nuestro Código Procesal Penal tiene un gran y glorioso mérito, el cual es haber abandonado el Sistema Inquisitivo, absolutamente contrario a nuestros tiempos y profundamente atentatorio de las garantías constitucionales procesales, y haber dado paso a un Derecho Procesal Penal de carácter Acusatorio.

Sin embargo, luego de haber estudiado dicho proceso, contenido principalmente en el Código Procesal Penal, y analizado sus diversas instituciones, me permito formular una serie de alcances u observaciones a su normativa, pues creo, no obstante su glorioso mérito de terminar con los abusos del sistema inquisitivo, mantiene algunos leves resabios, no se si propios del sistema inquisitivo, pero creo de todos modos son defectos que *pueden* hacerle perder al sistema actual la imparcialidad que tanto se ha pretendido alcanzar con la reforma.

³ ALVARADO VELLOSO, ADOLFO. "Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa". Editorial Juris. P. 251, 252. Rosario, Argentina. 2006.

Me referiré a continuación a tres supuestos en que, de aplicarse del modo regulado en el Código Procesal Penal podrían dar pie al juzgador a desenvolverse en el juicio conforme a los vínculos privados que tenga o adquiriera tanto con el objeto de juicio como con los intervinientes, lo cual a la larga se podría traducir en arbitrariedades características de una pérdida de imparcialidad. Tales casos son: ciertas situaciones relacionadas con la aplicación fallida de un acuerdo reparatorio; supuestos de modificación de la prisión preventiva y; la situación del interrogatorio por parte de los miembros del tribunal a peritos y testigos a fin de aclarar sus dichos.

a) Acuerdos Reparatorios.

Regulados en los artículo 241 y siguientes del Código Procesal Penal, se definen por la doctrina como “una institución que consiste, esencialmente, en un acuerdo entre el imputado y la víctima, en que el primero repara de algún modo que resulte satisfactorio para la segunda las consecuencias dañosas del hecho que se persigue penalmente y que, aprobado por el juez de garantía, produce como consecuencia la extinción de la acción penal”.^{4,5}

Ahora bien, en este supuesto de posible atentado a la imparcialidad del juez de garantía, me referiré a un caso muy concreto y específico, pero que no por ello deja de ser importante en relación al posterior resultado del juicio.

El éxito de un acuerdo reparatorio requiere de una serie de requisitos que van desde el consentimiento libre y con pleno conocimiento de sus derechos por parte de los intervinientes, a requisitos que dicen relación con los delitos específicos respecto de cuales procede o, en último caso, a la existencia o no de un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Todos estos requisitos serán

⁴ HORVITZ LENNON, MARIA INES. “Derecho Procesal Penal Chileno”, tomo 2, p. 568. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2007

⁵ A este concepto me permito formularle una observación, cual es que el efecto penal consistente en la extinción de la acción penal, luego de la reforma introducida por la ley 20.074 se producirá una vez que una vez que imputado haya cumplido o garantizado debidamente y a satisfacción de la víctima las obligaciones contraídas en virtud del acuerdo reparatorio.

analizados por el juez en audiencia especialmente citada al efecto y de no concurrir siquiera uno de ellos éste denegará la aplicación de dicha salida alternativa.

Ahora bien, en caso de fracaso en la aplicación de un acuerdo reparatorio, no obstante que el código en el artículo 335 prohíba *invocar, dar lectura, incorporar como medio de prueba al juicio oral* ningún antecedente que dijere relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de un acuerdo reparatorio,⁶ ello no impide que el juez se vea influenciado, contaminado, con el conocimiento que tuvo de aquella frustrada salida alternativa. Me refiero a casos específicos, pero que sí ocurren en la práctica, como aquel en que el imputado, asustado de verse expuesto a un juicio oral y a toda la publicidad que ello significa, con las consecuentes repercusiones en su reputación, prefiere y por concejo de su defensor, aceptar como verdaderos ciertos hechos, a fin de obtener una salida alternativa rápida y menos gravosa. En este caso, si bien ha fracasado dicho acuerdo, cualquiera fuere la causal, el juez va a tomar el conocimiento de esos hechos desde otra óptica, no desde aquella en que el imputado aceptó los hechos pretendiendo "negociar" su libertad.

Ahora bien, cuando el juicio siga adelante, el juez, en etapas posteriores y sin que necesariamente se haya llegado a juicio oral, se va a mostrar proclive a la condena, de modo indirecto eso sí, pero de todos modos la imparcialidad ya la habrá perdido y sus intereses se van a mostrar más apegados con los del Ministerio Público. Es el caso del artículo 276 por ejemplo, relativo a exclusiones de prueba para la audiencia de juicio oral, o de solicitudes posteriores de medidas cautelares, particularmente prisión preventiva. Por ello estimo que después de fracasada una de estas salidas alternativas, aunque el código prescriba el secreto de los registros, de todos modos el juez se ha visto contaminado por el conocimiento que ha surgido de ellos, y ha perdido la imparcialidad que exige un debido proceso. Al respecto, creo que incluso se podría analizar una causal de recusación a la luz de los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales. Creo que el tema no deja de ser interesante ha discutir, tomando principalmente en cuenta que hay en juego principios como el de la economía procesal que pudieren confrontarse con el de la imparcialidad judicial.

⁶ Esta norma también recibe aplicación tratándose de la Suspensión Condicional del Procedimiento y del Procedimiento Abreviado.

b) Prisión Preventiva.

La prisión preventiva es una medida cautelar personal consistente en la privación de la libertad del imputado por tiempo indeterminado, cuya finalidad primordial en cuanto tal es el aseguramiento de la ejecución y la presencia del imputado en el proceso. Aparte de este objetivo, la prisión preventiva satisface otros fines, como lo son el aseguramiento de la instrucción evitando la ocultación o manipulación de futuros medios de acreditamiento o la protección de ciertos intereses sociales o individuales de la víctima del delito. Lo anterior se desprende del artículo 140 que establece los requisitos de procedencia de la misma.

Cabe dejar claro, para los efectos del siguiente análisis, que la prisión preventiva puede ser decretada por el tribunal, después de formalizada la investigación *solo a petición del Ministerio público o del querellante*, y que jamás puede ser decretada de oficio por el tribunal. Esta es la idea básica que pretende dejar en claro el artículo 140 en su inciso primero. No obstante aquello, creo que en la regulación que de dicha medida cautelar efectúa el código en los artículos siguientes el legislador ha caído en, por decir lo menos, una suerte de inconsecuencia y contradicción. Ello porque le entrega al juez una serie de prerrogativas, facultades oficiosas para ser más específico, que lo terminan perfilando como el verdadero director de esta medida, afectando con ello el genuino rol que le cabe dentro de dicho proceso y por consiguiente dando pie a una serie de arbitrariedades que decantarán en parcialidad.

Es el caso del artículo 144 inciso primero, el cual dispone que “la resolución que *ordenare o rechazare* la prisión preventiva será modificable *de oficio* o a petición de cualquiera de los intervinientes, en cualquier estado del procedimiento”. Es decir, ya se está echando por tierra la norma del artículo 140, pues basta con que el Ministerio Público o el querellante hayan *solicitado* la aplicación de la prisión preventiva para que posteriormente y en cualquier estado del procedimiento el tribunal tome el control sobre ella, pues puede *modificar de oficio* la resolución que la *ordenare o rechazare*. Dentro de la amplitud de la palabra modificar se permite al juez, entre otras opciones, decretar de oficio la prisión preventiva que ha rechazado anteriormente, pues ésta es justamente una de las hipótesis de modificación de la resolución que *rechazare* la prisión preventiva. El hecho que se requiera que la prisión preventiva sea decretada mediante resolución

fundada, justificada por antecedentes calificados, no es óbice para seguir mi planteamiento, pues a lo que quiero llegar es a que el juez no debe tener facultades oficiosas en este tema, pues él es y debe ser durante todo el curso del proceso un *tercero* que actúe en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio.

Continuando con el análisis del artículo 144 que regula la variabilidad de la resolución que se pronuncia sobre la prisión preventiva, su inciso segundo prescribe “Cuando el imputado solicitare la revocación de la prisión preventiva el *tribunal podrá rechazarla de plano...*”. Es justamente esta parte la que me llama más la atención por la siguiente razón: es una diferenciación arbitraria, pues la norma está redactada solo en perjuicio del imputado, mas nada dice respecto de una nueva solicitud de decretarla que pudiere formular el Ministerio Público o el querellante. Comparto, a este respecto, el razonamiento central que ha hecho la Corte de Apelaciones de San Miguel, la cual ha resuelto que “Constituye una facultad del juez el poder rechazar de plano las solicitudes presentadas por la defensa del amparado en orden a realizar una audiencia para revisar la medida de prisión preventiva que le afecta, *especialmente cuando no han variado esencialmente los motivos que se tuvieron en vista para decretar dicha medida*”.⁷ Creo ese es el fundamento que ha tenido en cuenta el legislador para permitirle al juez rechazar de plano tal solicitud, pero se debe tener presente que, así como pueden no haber *variado esencialmente* los motivos que se tuvieron en vista para decretarla, puede ocurrir que tampoco hayan *variado esencialmente* los motivos que el juez tuvo en cuenta en su momento para rechazar tal medida, por lo tanto, frente a una solicitud de prisión preventiva formulada por el Ministerio Público o por el querellante el juez debería encontrarse con idéntica facultad de poder rechazarla de plano si no han variado esencialmente los motivos que se tuvieron en cuenta para rechazarla con anterioridad.

Como se observa, el mismo argumento puede servir tanto a favor como en contra del imputado, y no solo en perjuicio de éste como lo recoge el texto del artículo 144, pues como dice el viejo adagio *donde existe la misma razón debe existir la misma disposición*.

⁷Corte de Apelaciones de San Miguel. Rol 401-2005

Finalmente, dentro del tema de la sustitución de la prisión preventiva, el artículo 145 inciso primero prescribe “En cualquier momento del procedimiento el tribunal, *de oficio* o a petición de parte, podrá sustituir la prisión preventiva por alguna de las medidas que se contemplan en las disposiciones del párrafo 6º de este título”. Esta norma, a mi juicio, merece dos observaciones: la primera guarda relación con las hechas al artículo 144 antes citado, en orden a otorgarle facultades oficiosas al tribunal para sustituir dicha medida por otra, menos gravosa, pero de todos modos, excediéndose de los límites de su actuar dentro del proceso. La segunda observación es que ésta medida viene a contradecir y hacer letra muerta de lo dicho en el artículo 155, el cual refiriéndose a estas otras medidas cautelares personales menos gravosas prescribe en su parte pertinente “...después de formalizada la investigación el tribunal, *a petición* del fiscal, del querellante o de la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas...”.

- c) Interrogatorio por parte de miembros del tribunal a peritos y testigos.

El Código Procesal Penal ha decidido innovar en el tema de las inhabilidades de peritos y testigos, pues, al contrario de lo que ocurre con nuestro actual Código de Procedimiento Civil, no existen testigos ni peritos inhábiles para declarar. Así el artículo 309 prescribe que “En el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles...” y a su vez el artículo 318 “Los peritos no podrán ser inhabilitados...”. Sin embargo, junto con tomar dicha decisión, el legislador procesal penal ha optado por conferirle a los intervinientes del proceso ciertas facultades que les permitan demostrar la falta de imparcialidad o idoneidad, y/o falta de rigor técnico o científico, esto último en el caso de los peritos. Pues bien, dichas facultades consisten en permitirle a los intervinientes (Ministerio Público, querellante y defensa) formular a los testigos o peritos preguntas tendientes a demostrar su imparcialidad, idoneidad o falta de ellas, etc. Cuestión que es completamente válida y no me merece ningún reparo. Sin embargo, lo que sí me merece reparo es la decisión del legislador de permitirle a los miembros del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal formular ciertas preguntas destinadas a los mismos fines. Es el caso de la prueba pericial donde el artículo 318 en su parte pertinente prescribe “...Durante la audiencia de juicio oral podrán dirigírseles preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o

científico de sus conclusiones...” Nótese que el código no limita la formulación de dichas preguntas sólo a los intervinientes. Y más adelante “Las partes o el *tribunal* podrán requerir al perito información acerca de su remuneración y la adecuación de ésta a los montos usuales para el tipo de trabajo realizado”. Llama la atención constatar que no ocurre lo mismo con la prueba testimonial, pues el código en el artículo 309 prescribe “...Los intervinientes podrán dirigir al testigo preguntas tendientes a...” con lo cual se señala claramente que la facultad de formular preguntas tendientes a demostrar la imparcialidad, idoneidad o falta de éstas corresponde a los intervinientes y no a los miembros del tribunal penal.

Relacionado con este tema está aquel que se refiere a la facultad conferida a los miembros del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal en orden a formular preguntas a los testigos o peritos destinadas a *aclarar* sus dichos. Es el caso del artículo 329 que en su inciso cuarto prescribe “Finalmente, los miembros del tribunal podrán formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos”. Como puede observarse, nuevamente el legislador le está permitiendo al tribunal involucrarse en cuestiones probatorias. Es justamente el concepto *aclarar* el que genera dudas, pues hace incierto el verdadero rol que le cabe al juez en el proceso de averiguación y comprobación de los hechos. Al respecto don Santiago Sentis señala textualmente “Creo que lo importante para alcanzar claridad en cuanto a *los poderes del juez*, en relación con el principio dispositivo, es que esa claridad exista en cuanto a lo que la prueba es. He insistido, creo que demasiado, en decir que la prueba es *verificación* y no averiguación. La actividad del juez, en el campo probatorio, debe consistir (y no debe salirse de ello) en *verificar* lo que las partes habrán debido cuidar de averiguar. Pero por los códigos, y por la doctrina, circulan otras muchas expresiones; se habla, sobre todo, de *esclarecer* y *esclarecimiento* o de *clarificar*...”⁸

Lo que de los casos recién expuestos me llama la atención es el conferirle al tribunal facultades oficiosas en esta materia, es decir en materia probatoria, pues lo hace intervenir en asuntos que escapan de su esfera de actuación, lo que en definitiva se traducirá en beneficio de una parte y perjuicio de la otra. Interviniendo él en la declaración de un testigo o perito pretendiendo demostrar cierta parcialidad o falta de idoneidad, no hace más que actuar a favor de la parte a quien perjudica dicha prueba.

⁸ SENTIS MELENDO, SANTIAGO. “La prueba”. Ediciones jurídicas Europa –América. Buenos Aires. 1979. p. 204

No se puede pretender, otorgándole al juez dichas facultades subsanar una negligencia, un descuido de aquel interviniente que no supo demostrar por sí mismo tal o cual inhabilidad. Situación similar ocurre al permitirles a los miembros del tribunal formular preguntas al testigo o perito tendientes a *aclarar sus dichos*, pues mediante dicha facultad se puede dar lugar a que los juzgadores desvíen el curso del proceso provocando la agregación de nuevos hechos so pretexto de encontrar la verdad real, cuestión que desde bastante ha sido sustituida en los ordenamientos procesales conformándose éstos con una verdad formal dentro de un proceso con pleno respeto a las garantías constitucionales.

II. Mecanismos que ofrece la ley a los justiciables e incluso al propio juez, para garantizar en un caso concreto la debida imparcialidad.

Como señalé al principio de este trabajo, la Constitución Política de 1980 ha establecido entre sus garantías la del debido proceso, específicamente en su artículo 19, numeral 3 inciso quinto. Ahora bien, la imparcialidad del juzgador es una garantía constitucional que forma parte sustancial del denominado debido proceso. La imparcialidad judicial es y debe ser garantía en todo proceso y corresponderá al legislador, tal cual lo ordena la Constitución, establecer las garantías para un racional y justo procedimiento e investigación.

Ahora bien, la forma directa (y preventiva) a través de la cual el legislador se ha hecho cargo de este mandato ha sido mediante el establecimiento de las causales de implicancia y recusación. Éstas, contenidas en los artículos 195 y 196 de nuestro Código Orgánico de Tribunales, vienen a recoger y en definitiva *objetivizar* taxativamente ciertas situaciones subjetivas que implican de algún modo cierto grado de vinculación entre el juez y el objeto del proceso (imparcialidad objetiva) o entre el juez y los intereses concretos de las partes (imparcialidad subjetiva). Por tanto, mediante estas causales de implicancia y recusación se impide que un juez o funcionario judicial entre a conocer de determinado asunto en razón de carecer o *presumirse* que carece de la imparcialidad necesaria para intervenir en él pues, tal como señala Devis Echandía, "No se trata de que la ley presuma que el juez pueda prevaricar o ser parcial, bajo el influjo de esas circunstancias, sino que es mejor para la justicia que no existan sombras ni dudas sobre la recta imparcialidad de quienes la administran y que los jueces y magistrados no se vean ante el

dilema de vencer sus pasiones y sacrificar sus intereses personales o los de sus parientes en el desempeño de sus funciones”.⁹

Sin embargo, puede ocurrir que en los hechos, y no obstante la prevención tomada por el legislador mediante el establecimiento de estas causales preventivas, un juez entre de todos modos a conocer e incluso fallar un asunto respecto del cual se encuentre inhabilitado. Por ello es que la ley se ha preocupado de establecer situaciones “reparativas” que permiten dejar sin efecto, anular, una sentencia pronunciada por un juez inhabilitado. Es el caso del recurso de casación en la forma, en cuyo artículo 768 en la parte respectiva prescribe “El recurso de casación en la forma ha de fundarse precisamente en alguna de las causas siguientes: 2º en haber sido pronunciada (la sentencia) por un juez, o con la concurrencia de un juez legalmente implicado, o cuya recusación esté pendiente o haya sido declarada por tribunal competente”. Situación mediante la cual se otorga a las partes el derecho a recurrir contra una sentencia dictada por un juez inhabilitado; y, “4º en haber sido dada ultra petita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley”. Este segundo caso se refiere a los supuestos de ultra petita y de extra petita, claramente atentatorios ambos contra la debida imparcialidad, pues aquí el juez se ha excedido de su actuar, otorgando más de lo que las partes le solicitaron, ello en beneficio de una y en perjuicio de otra.

Esta norma debe ser relacionada con el artículo 160 del mismo código, según el cual “Las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio”, norma que garantiza la debida congruencia entre lo solicitado por las partes y lo fallado por el juez.

⁹ DEVIS ECHANDIA, HERNANDO. “Nociones generales de derecho procesal civil”. Aguilar S.A. Ediciones. Madrid, 1966. P.127

Ahora, lo que quiero hacer notar es que, no obstante el catálogo de inhabilidades que las partes pueden hacer valer ante el juez a fin de garantizar su imparcialidad, o aquellos supuestos de implicancias en que el juez de oficio debe declararse inhabilitado para seguir conociendo del asunto, existen otros supuestos de inhabilidad, no recogidos por los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales. Cítese como ejemplo, entre otros, el caso de un Ministro cuyo cónyuge fuera la abogada de una causa, éste no encontrará en la enumeración taxativa del Código Orgánico de Tribunales ninguna causal que le permita excusarse de entrar a conocer del asunto. O los casos de *violencia moral*, consistentes en todas aquellas circunstancias que por la historia, la personalidad, las características personales, la ubicación, las relaciones con las partes y/o el litigio hacen que el juez no pueda abordarlo con la necesaria imparcialidad que la ley pretende de los órganos jurisdiccionales.¹⁰ Entonces surge la duda de saber si se puede dar aplicación directa de la Carta Fundamental en pro de mantener la imparcialidad judicial que demanda un debido proceso.

A este respecto, el profesor Valdés Hueche postula la aplicación directa de la Constitución: “Bastará con que el juez subjetivamente incompetente, basado nada más que en el artículo 19 n° 3 pueda excusarse de conocer un asunto. La necesidad de proteger la imparcialidad así lo impone (...) Las normas que se han introducido a nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 5 de la Carta Fundamental, esto es, los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, llevan a la misma conclusión”.¹¹

Se hace necesario, a este respecto citar un fallo de nuestra Excelentísima Corte Suprema, recaído en causa laboral y de fecha 5 de mayo de 1997, el que después de declarar inadmisibles los recursos de casación en la forma y en el fondo que se interpusieron, formula tres observaciones a la correspondiente sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, siendo de interés para estos efectos el segundo de ellos: “b) El nueve de enero último (fojas 82) aparece una constancia de

¹⁰ SUPERTI, HECTOR. “La garantía del juez imparcial en materia penal”. Derecho Penal N° 10. Editorial Juris. Argentina, octubre de 2003, pág. 166.

¹¹ VALDES HUECHE, REMBERTO. Ob. Citada. Páginas 125 y 126.

un abogado integrante, supuestamente don... por falta de imparcialidad fundada en el artículo 19 n° 3 de la Constitución Política, lo cual, además de irregular, resulta incongruente con las normas fijadas al respecto en los artículos 195 y 196 del código orgánico de tribunales...".

En este punto, siguiendo al profesor Oberg Yañez, quien a su vez cita a don José Bernales Pereira, debemos tomar en cuenta que "el Derecho Procesal no es una rama del Derecho Privado, sino una rama del Derecho Público y un hijo menor del Derecho Constitucional; o sea, no se podría entender nada del Derecho Procesal sin la Constitución y sin el Derecho Constitucional'. No basta, entonces, con analizar las normas positivas contenidas en el Código Orgánico de Tribunales y en el Código de Procedimiento Civil, es menester estudiar previamente la consagración del principio de la imparcialidad del juez en nuestra Carta Fundamental, pues allí radica la gran base de las reglas relativas a la inhabilidad del juzgador...".¹²

Estamos aquí ante un caso concreto de aplicación directa de los preceptos de la Constitución a fin de mantener la imparcialidad del juzgador, cuestión que de otro modo no hubiera sido posible, pues como se ha señalado, el catálogo taxativo de situaciones contempladas en los artículos 195 y 196, por más extensivamente que se interprete jamás cubrirá todas las situaciones de inhabilidad posibles de presentarse en un caso concreto. Sin embargo, llama la atención que en el fallo antes citado, los miembros del Tribunal Supremo hayan hecho letra muerta del texto del artículo 19 numeral 3 en su inciso quinto. ¿Dónde está lo irregular de la declaración de carecer de imparcialidad que formulara un abogado integrante en el juicio en referencia?¹³ Ante la ausencia, omisión o vacío de los artículos 195 y 196 frente a un caso concreto como el citado, no es posible concebir que el juez, aislándose en tal laguna procesal, entre a conocer de un asunto a sabiendas que no es imparcial. Si así obrara, tal conducta tiene reservado su lugar en el Código Penal.¹⁴

Los ministros del Tribunal Supremo con tal pronunciamiento ¿acaso estiman que la Constitución no es Derecho?, o de serlo ¿quizás lo

¹² - ¹³ - ¹⁴ OBERG YAÑEZ, HECTOR. "¿Inhabilidad irregular o incongruente?". Revista de Derecho, Universidad de Concepción. N° 200, año 2000. Chile. Pág. 43-44

consideran intangible? No estimo que sea ese el pensamiento que deba imperar en nuestra legislación, pues al ser la Constitución una norma de rango superior está sentando las bases de todo el ordenamiento jurídico positivo, y por tanto la supremacía constitucional de que goza su texto debe exteriorizarse no solo en caso de contradicciones con el texto legal, sino también ante vacíos, lagunas o insuficiencia de la ley común u ordinaria.

CONCLUSIONES

Más allá de lo ya afirmado en el desarrollo de este trabajo, las conclusiones o ideas centrales a las que he llegado han sido las siguientes:

En primer lugar, no obstante la consagración en nuestra Carta Fundamental de la garantía del debido proceso, no se está llevando a cabo en plenitud el mandato constitucional de garantizar la imparcialidad del juzgador, por lo menos en lo que a los procesos analizados atañe. Ello porque existen ciertos resabios en el texto positivo que permiten involucrarse al juez en el proceso más allá de lo que debiese corresponderle como autoridad en calidad de tercero (imparcial, imparcial e independiente) encargado procesar y sentenciar el litigio.

Y, en segundo lugar, postulo que la aplicación directa de la Constitución, ante lagunas o vacíos de la ley común u ordinaria, y a fin de mantener siempre la imparcialidad judicial en todo proceso, no es algo que escape de la función que su texto viene a cumplir, pues con ello se está dando solución a un problema legal y al mismo tiempo se está reafirmando la supremacía de que goza el texto constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

a) LIBROS

1. ALVARADO VELLOSO, ADOLFO. Galantismo procesal versus prueba judicial oficiosa. Editorial Juris. Rosario, Argentina. 2006. P. 251, 252.
2. DEVIS ECHANDIA, HERNANDO. "Nociones generales de derecho procesal civil". Aguilar S.A. Ediciones. Madrid, 1966. P.127.
3. HORVITZ LENNON, MARIA INES. "Derecho Procesal Penal Chileno", tomo 2, Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2007. P. 568.
4. SENTIS MELENDO, SANTIAGO. "La prueba". Ediciones jurídicas Europa –América. Buenos Aires. 1979. P. 204.
5. SUPERTI, HECTOR. "La garantía del juez imparcial en materia penal". Derecho Penal N° 10. Editorial Juris. Argentina, octubre de 2003, P. 166.

b) OTROS

1. Mensaje del Ejecutivo a la Cámara de Diputados. Primer trámite constitucional. Agosto de 2003.
2. OBERG YAÑEZ, HECTOR. "¿Inhabilidad irregular o incongruente?". Revista de Derecho, Universidad de Concepción. N° 200, año 2000. Chile. Pág. 43-44.
3. VALDES HUECHE. REMBERTO. "El proceso. La imparcialidad. Sistema inquisitivo y acusatorio. La concepción unitaria del proceso. La constitución política y los tratados de derechos humanos." Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado. Chile No. 12(dic. 2004) P.115-137.