

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO CHILENO

Coordinador de la obra
JUAN CARLOS FERRADA BORQUEZ

© UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

Carmen 8, 4° piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 136.927, año 2003

Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 500 ejemplares en el mes de diciembre de 2003

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S.A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1510-2



BASES CONSTITUCIONALES DEL SISTEMA PROCESAL CHILENO

Alex Carocca P.*

I. INTRODUCCION

La consolidación de los diversos sectores del ordenamiento jurídico que se constata actualmente en el derecho comparado y que también alcanza a nuestro país, constituye básicamente una manifestación del paulatino pero imparable movimiento hacia el establecimiento de nuevas limitaciones al ejercicio del poder que pareciera ser indispensable para avanzar el progreso material y espiritual de cualquier sociedad.

Se avanza así en la superación de la concentración del poder en algunas o en una persona, que alcanzó su culmen en los regímenes absolutistas de Europa Continental en el siglo XVIII, que de todos modos tuvieron el mérito de consolidar al Estado como la forma de organización política prevaiente. A partir de allí, con la Revolución Francesa y otros sucesivos movimientos políticos, se inició el paulatino e inexorable proceso para establecer una mayor limitación al ejercicio del poder por parte de los gobernantes de los Estados, por la vía de la consolidación de la sujeción de todas las personas al derecho y la democracia.

En nuestro caso, la consolidación de este sometimiento reviste particular importancia, después de superar un período autoritario, en que prácticamente no existió Constitución ni, por ende,

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Talca.

uno de los instrumentos jurídicos más poderosos de control del ejercicio del poder y así fueron los resultados obtenidos.²

Es necesario, pues, estudiar, comprender, difundir, la importancia que la Carta Constitucional adquiere en todos los ámbitos jurídicos. Esta constatación es precisamente la que nos convoca, sin perjuicio de que en estos momentos ya se abren nuevas interrogantes sobre el rol de las Constituciones, teniendo en cuenta la crisis de la soberanía estatal producto de la globalización, resultado a su vez del desarrollo extraordinario y vertiginoso de los medios de comunicación y de transporte.

La experiencia ha demostrado que uno de los medios más eficaces de limitar el ejercicio del poder consiste en la división de poderes que ha dado origen a la clásica división de poderes que efectúa el Estado moderno, según advirtieron con claridad los revolucionarios franceses y, siguiendo dicho modelo, se ha establecido con énfasis en nuestras Cartas Constitucionales.

Luego, la Constitución debe ser respetada por todos los titulares de los poderes estatales. En particular por el propio Poder Legislativo, a quien en su diseño original francés se le atribuía preeminencia por sobre el Ejecutivo y el Judicial, al ser encargada la elaboración de las normas jurídicas de carácter general, abstracciones, que, se pensaba, iban a permitir hacer efectiva la igualdad que buscaban los revolucionarios franceses y que por la misma razón eran dictadas por el Parlamento, constituido por los representantes del pueblo, elegidos a razón de una persona un voto.

Una de las tareas básicas que debió asumir el Estado para consolidarse como el centro del ejercicio del poder fue el monopolio del ejercicio de la jurisdicción, es decir, de la resolución de los problemas de carácter jurídico de las personas, que precisa de una resolución irrevocable y ejecutable aun contra la voluntad del obligado. Lo cierto es que esta tarea y los elementos necesarios para cumplirla existían con anterioridad al surgimiento del propio Estado y, desde luego, de la legislación. Sólo como un fenómeno posterior, la consolidación de la organización estatal constitucional significó comenzar a exigir que dicha decisión jurisdiccional fuera aplicación y concreción de la legislación, a su vez también sometida al marco normativo contenido en la Constitución. Esto ha dado origen a temas jurídicos de la ma-

yor envergadura, como el rol de la jurisdicción en el ordenamiento jurídico, su relación con la propia Carta Constitucional y con la legislación, etc., imposibles de abordar en un breve trabajo.

Lo que pretendemos en esta oportunidad es sencillamente efectuar una primera aproximación al análisis jurídico del poder del Estado chileno, establecido para permitir el ejercicio del poder jurisdiccional, demostrando que constituye una particular organización, inserta en el aparato estatal, que en sus rasgos esenciales depende directamente de normas constitucionales, que hasta el momento no han sido exhaustivamente estudiadas o, al menos, no como integrantes de un sistema, carácter que, a nuestro parecer, reviste.

La constatación de la existencia de un "sistema procesal" a nivel nacional es de la mayor importancia, porque, entre otras consecuencias, demostraría la imposibilidad o, al menos, la inconveniencia de acometer reformas parciales a algunos de sus elementos, sin considerar que tendrían repercusiones inmediatas en los demás elementos constitutivos, que es uno de los rasgos propios de todo sistema.

II. EL SISTEMA PROCESAL CHILENO

1. EL PROCESO EN EL ORIGEN DE LA ORGANIZACIÓN DE LA CONVIVENCIA

La organización de la convivencia supone la adopción de reglas capaces de imponerse coactivamente a todos los integrantes de una comunidad, de modo de compatibilizar los diferentes intereses individuales, que necesariamente deben limitarse en forma recíproca. De esa manera, ha surgido el derecho que constituye un formidable e indispensable producto social, sin el cual no será posible la vida en sociedad.

Una somera observación histórica nos permite comprender que las reglas que constituyen el derecho surgieron fundamentalmente como resultado de la solución pacífica y racional de conflictos concretos, adoptados por un tercero, y que los interesados estaban obligados a respetar, ya sea por la fuerza moral

del que adoptaba la decisión, ya fuese por su capacidad para imponerla obligatoriamente.

Luego, la misma necesidad de mantener la coherencia hizo necesario, por regla general, adoptar la misma decisión para las controversias de idéntico carácter, originando además que las decisiones más valiosas, mejor fundamentadas, fueran utilizadas en la misma como modelo, haciendo surgir de ese modo la jurisprudencia.

Más adelante aún, cuando la autoridad se fue concentrando en un soberano, que al mismo tiempo iba extendiendo territorio sobre sus dominios, este pasó a monopolizar la facultad de hacer justicia, alejándose de las personas comunes y corrientes, sin que por el número y multiplicidad de los conflictos que requerían de una solución jurídica pudiera seguir resolviéndolos personalmente, por lo que las decisiones anteriores, emanadas del mismo o de sus antecesores, fueron recopiladas para que los altos funcionarios en quienes fue delegando esa función pudieran utilizarla para resolver nuevos casos. Surgieron así las recopilaciones jurídicas, que constituyeron el germen del derecho legislado.

El paso siguiente fue producto de una revolución, que con el decidido afán de asegurar la igualdad entre todas las personas, convirtió la función legislativa como la encargada de dictar normas jurídicas generales y abstractas, que debían aplicarse a todas las personas en idéntica situación, especialmente por los jueces al resolver los concretos conflictos que les son sometidos.

Por esta razón, no nos caben dudas que en todas las sociedades el proceso o juicio fue la fuente histórica primaria de creación de las normas de derecho. Las demás fuentes de normas jurídicas, especialmente el derecho legislado, son posteriores, y en sus orígenes, insustitutos, básicamente lo que recogían eran un conjunto de soluciones jurisprudenciales precedentes.

Un nuevo hito se produjo posteriormente con la consolidación de la Constitución como norma jurídica superior, que rigió la organización del Estado, que restringe y limita las facultades de todos los Poderes Públicos, en particular del Legislativo. No obstante, esta sujeción sólo pudo hacerse efectiva cuando se convocó una instancia jurisdiccional para resolver si efectivamente el legislador había respetado la Constitución, a través de la creación de los Tribunales Constitucionales.

Para comprobar la importancia de la jurisdicción frente a la regulación baste tener presente que para regular una determinada situación de hecho puede faltar y de hecho es usual que falte en muchas oportunidades, la ley, pero lo que no puede faltar es la posibilidad de acudir al juicio para solucionarla, debiendo el juez suplir la carencia de norma legal a través de la equidad y sus propias consideraciones de justicia.

Por consiguiente, queda claro que en ninguna sociedad, ni aun en aquellas más primitivas, y en las que la noción de Estado y de ley son desconocidas, puede faltar el proceso como medio de solución de las controversias, es decir, la posibilidad de los miembros de la comunidad de acudir a un tercero imparcial para solucionar conforme a reglas y principios jurídicos sus problemas, en una decisión obligatoria para las partes. Si esto falta, se afectará gravemente o se hará simplemente imposible la convivencia social.

Por eso es que en un Estado moderno se debe reconocer en amplios términos la posibilidad de acceder a un juez para obtener una solución frente a los problemas intersubjetivos de relevancia jurídica, lo que exige que siempre pueda contar con una organización de personas y medios destinados a tal finalidad.

Este conjunto de personas y medios destinados a tal finalidad ha debido contar desde sus orígenes, constituyendo el sistema procesal.

2. EL SISTEMA PROCESAL EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA

En el actual estado de evolución de la organización de la convivencia en nuestro país, asimilando una evolución a nivel internacional, el modelo histórico que se adopta es el denominado Estado de Derecho, que se define por un conjunto de características que en estos momentos se hallan resumidas en la Constitución Política de la República de Chile.

En las Constituciones se enumeran en primer lugar los valores que el modelo de convivencia aspira a realizar: los más importantes

¹ RANOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *El sistema procesal español*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 4 y ss.

fortantes de los cuales han sido elevados a la categoría de *derechos y deberes fundamentales o constitucionales*.² Más aún, se desprende del mismo texto constitucional que estos derechos y deberes se consideran al mismo tiempo *fundamento de orden político y de la paz social*.

Para lograr concretar esos valores y finalidades en la vida social, la nación chilena en uso de su soberanía se ha dotado de una determinada y compleja estructura de carácter republicano y presidencial, compuesta por órganos que ejercen las potestades ejecutiva, legislativa y jurisdiccional, que se ha determinado que son los poderes esenciales de la organización estatal.

Cada uno de los elementos que integran esa estructura estatal tiene su rol definido en la Constitución. Al Congreso Nacional, compuesto por la Cámara de Diputados y el Senado, corresponde ejercer la potestad legislativa, consistente esencialmente en la elaboración de las leyes (art. 42 CP). Al Presidente de la República corresponde el gobierno y la Administración del Estado, siendo además el Jefe del Estado (art. 24.1 CP). Y, finalmente, al Poder Judicial, con mayor especificidad, nuestra Ley fundamental le encomienda "la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado" (art. 73 CP), es decir, ejercer de manera exclusiva y excluyente la *potestad jurisdiccional o jurisdicción*.

El estudio de esta última nos permite constatar la existencia de un conjunto de personas y medios que constituyen lo que debe denominarse el *sistema procesal chileno* que puede ser definido, con RAMOS MENDEZ, como el *conjunto organizado de muchos, personas y procedimientos destinados al ejercicio de la función jurisdiccional*.³

El *sistema procesal* no puede identificarse sólo con el Poder Judicial o conjunto de tribunales, o encuadrarse exclusivamente dentro de su área de influencia, porque para su funcionamiento necesariamente requiere de la concurrencia de otros elementos que no pueden ser desvalorizados.

El que pueda ser calificado de "sistema" es especialmente significativo, porque implica sostener que está compuesto por ele-

RAMOS MENDEZ, *El sistema procesal español*, pp. 4 y ss.
RAMOS MENDEZ, *El sistema procesal español*, cit.

mentos esenciales que no pueden faltar, los que están organizados de manera tal que el conjunto es independiente de la existencia de las partes o, mejor dicho, es más que la suma de sus componentes. Esta especial estructura de la organización determina que basta la carencia o defección de uno de estos elementos constitutivos para que se produzca la disolución o se desvirtúe todo el sistema.⁴

La constatación de la existencia dentro del Estado de un *sistema procesal* implica aceptar la preeminencia del proceso como medio para reclamar y obtener la tutela de los intereses de las personas, frente a los demás medios tradicionales, que son la *autotutela* o *autodefensa* y la *autocomposición*. La *autotutela* es el medio más dañino para la convivencia social, ya que se traduce en la imposición por la fuerza del interés del más fuerte, de modo que se encuentra absolutamente prohibida por el propio Estado, mientras que la *autocomposición*, aunque posiblemente sea el más conveniente, ya que la tutela se logra por medio del acuerdo de voluntad de los propios interesados, a través de fórmulas tales como el allanamiento, la transacción, la conciliación, etc., es difícil de conseguir, porque el conflicto nace precisamente por la colisión de tales intereses y voluntades y además porque se teme que el acuerdo pueda afectar intereses de la propia colectividad, por lo que en algunos casos hasta se la prohíbe, como acontece generalmente en los conflictos de carácter penal.

Establecida la importancia del sistema procesal como un mecanismo complejo y sofisticado de solución de conflictos jurídicos, debemos examinar detalladamente los elementos que lo componen.

3. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL SISTEMA PROCESAL

Los elementos del sistema procesal son tres: las *personas*, es decir, los ciudadanos, que son los beneficiarios del sistema procesal; los *tribunales*, integrados por los jueces, personal auxiliar y una infraestructura material, y el *proceso*, compuesto por la actividad de todos ellos para resolver algún conflicto concreto, que a su vez requiere de unos preceptos legales que establecen los *procedimientos* conforme a los cuales aquellos se deben producir.

3. Las personas como usuarios del sistema procesal

El primer y esencial elemento del sistema procesal es el que está constituido, son precisamente las personas que son las que lo ponen en movimiento, ya que necesitan acudir a él para obtener la tutela de sus propios intereses cuando son desconocidos o resistidos por otras personas u organismos.

Para comprender la importancia que para las personas reviste el sistema procesal, debemos recordar que un presupuesto indispensable para la organización de la convivencia es la prohibición que se impone a todos los individuos a tomarse la justicia por su propia mano, a disponer de la fuerza para procurar su propia tutela o autotutela para proteger sus intereses. Tanto es así que la vulneración de esta prohibición se encuentra sancionada penalmente¹ y si bien en todos los ordenamientos se mantienen pequeñas manifestaciones residuales de autotutela, lo cierto es que una de las preocupaciones permanentes de todos los Estados es evitar los intentos de personas o grupos por imponer a la fuerza sus intereses o convicciones, como aconteció, por ejemplo, con el terrorismo.

Un ejemplo de esta facultad para ejercer su propia autotutela, el Estado les ofrece a sus habitantes un sistema organizado para obtener la tutela jurídica, que es la única legítima.

De tal manera que cualquier persona que considera que un interés suyo de relevancia jurídica no ha sido respetado, conserva su capacidad de iniciativa para actuar en la tutela de su propio interés, pudiendo hacerlo incluso en algunas ocasiones para cautelar intereses ajenos, pero siempre acudiendo al sistema procesal.

Cuando la persona toma esta decisión, da origen a un proceso jurisdiccional, que es el mecanismo a través del cual obtendrá la respuesta jurídica a su petición. Téngase en cuenta que, por regla general, la decisión de acudir al sistema procesal en los Estados democráticos constituye una manifestación intrínseca de

¹ No obstante, hay que advertir que no se trata de una eliminación absoluta, sino de una restricción casi total, puesto que en todo ordenamiento se mantienen reser-
vados ciertos casos en los que se conserva la posibilidad de las personas de amparar el
interés por la propia fuerza. Se trata de casos extremos, como la legítima defensa, el
caso de necesidad, la huelga, incluso algunos resabios en la propia legislación civil.
Véase MIRALAZAROA Y CASTILLO, *Proceso, autoimpugnación y autodefensa*.

la propia libertad de las personas, ya que el afectado es libre de hacerlo cuando se trata de intereses de carácter económico o patrimonial. En estos casos, la iniciativa individual es la que pone en movimiento el sistema procesal, que no puede prescindir de la intervención del o los interesados, quienes a su vez son también los destinatarios de sus decisiones.

No obstante, hay materias en las cuales con el tiempo se ha comprobado la imposibilidad de dejarlas entregadas única y exclusivamente a la iniciativa individual del afectado, porque no se va a conseguir la decisión procesal que se requiere para poner término al conflicto. En esos casos, la iniciativa para acudir al sistema procesal se entrega a algunos organismos estables, que requieren la decisión jurisdiccional.

Las materias en las cuales se dispone esta iniciativa por parte de organismos públicos se han ido incrementando en la actualidad, entre los temas en los cuales organismos públicos pueden intervenir se encuentran aquellos en que se considera que la persona no estará en condiciones de hacer valer por sí misma sus propios intereses, lo cual puede ocurrir por múltiples razones. Por ejemplo, porque es incapaz, o bien porque se estima necesario obtener una decisión jurisdiccional sin o contra la voluntad del propio afectado. Es lo que ocurre en el ámbito del Derecho Penal, ya que en la mayoría de los hechos ilícitos penales se ha establecido que deberán ser perseguidos por iniciativa de diversos órganos estatales (policía, ministerio público, jueces en sistemas acusatorios formales), cualquiera sea la postura de la víctima, por lo cual se los ha elevado a la categoría de delitos de acción pública.

En cambio, en materias relacionadas con el Derecho Privado, no se permite que la iniciativa particular sea reemplazada por la de organismos públicos.²

² Las únicas excepciones históricas en que se podía iniciar un juicio sobre materias de carácter civil, aun contra la voluntad del interesado, se produjeron en los regímenes comunistas, ya que al abolirse la propiedad privada cualquier incumplimiento se consideraba un desorden y una infracción al régimen socialista, demostrando que en el fondo el derecho de acudir a los tribunales había sido expropiado. Véase MONTERO AROCA, JUAN, y otros, *Derecho jurisdiccional*, cit.

Ahora bien, cuando la persona hace uso del sistema procesal, y con su actividad da inicio a un proceso jurisdiccional, se identifica con la postura de parte siendo a la vez la que pone en marcha el sistema y la que se convierte en la destinataria final de sus decisiones.

La actividad que realizan las partes constituye lo que se denomina la acción procesal. Es verdad que para conceptualizarla no se ha puesto en la facultad de iniciar un proceso, de modo que se la considere más bien la atribución o el derecho a acudir a un tribunal para dar comienzo a un juicio jurisdiccional. No obstante, como también se ha dicho, la acción procesal no puede ser considerada sólo un "empujón" para dar inicio a un juicio, puesto que se requiere de la constante actividad de ambas partes para mantener vigente y llevar a su conclusión cualquier clase de proceso.

En resumen, a cambio de la renuncia al ejercicio de su autotutela en el Estado moderno, a la persona se le proporciona un sistema de tutela, organizado y costoso, que le permite obtener la respuesta jurídica a sus pretensiones.

3.2. Los tribunales como componentes del sistema procesal

El segundo elemento constitutivo del sistema procesal son los tribunales y la infraestructura personal y material montada por el propio Estado para permitir su funcionamiento.

Los tribunales son los órganos que permanecen a disposición de las personas para proporcionar la tutela que éstas requieren. Están integrados por los jueces que son los que deben desarrollar una serie de actos que se van desarrollando sucesivamente en el tiempo hasta arribar a pronunciar la sentencia o decisión final del asunto. Esa actividad es lo que constituye propiamente la jurisdicción, manifestación de la función o poder jurisdiccional. Como consecuencia de un monopolio estatal, el Estado exclusivamente debe conferir a los jueces, en régimen de funcionarios públicos, que son los profesionales jurídicos que asumen la responsabilidad de ejercer la jurisdicción.

Los jueces pasaron a ser funcionarios públicos conjuntamente con el surgimiento del Estado moderno, que pasó a contar con un conjunto de funcionarios organizados en una estructura.

relación de jerarquía, encargados de cumplir una gran cantidad de funciones, que se fueron ampliando cada vez más.

Confundiéndola con otras actividades estatales, la actividad jurisdiccional suele ser llamada con impropiedad "administración de justicia", pues debe ser distinguida de la actividad administrativa, de la cual se diferencia sustancialmente. En efecto, la actividad jurisdiccional concurre siempre en forma conjunta y simultánea con la acción procesal, que es la actividad de las partes, mientras que la actividad administrativa es unilateral, y además la primera produce una decisión que tiene efectos de cosa juzgada, es decir, irrevocable e inmodificable.

En realidad, la jurisdicción en sus orígenes es muy anterior a la existencia del Estado, lo que revela que naturalmente no es una función estatal, tal cual ha demostrado el profesor SERRA DOMÍNGUEZ,⁶ sin perjuicio de que en este momento histórico se trata de una típica función detenida por el Poder Estatal. No obstante, en el futuro, ya se avizora una pérdida de la preeminencia de la soberanía estatal en esta materia, con el surgimiento de tribunales internacionales, que se encaminan a conformar un verdadero sistema procesal internacional, aunque su consolidación puede tardar muchos años, si bien a nuestro parecer ocurrirá más temprano que tarde.

Los tribunales son, en definitiva, los encargados de proporcionar la tutela jurídica que requieren los miembros de la comunidad frente a sus conflictos de convivencia más relevantes. De allí que su intervención pueda ser requerida por cada uno de los ciudadanos, ya sea individualmente o a través de organizaciones o personas de las que forman parte.

3.3. El proceso como elemento central del sistema procesal

El último de los elementos que constituyen el sistema procesal son los procesos o juicios, caracterizados porque se conforman por la actividad conjunta de las personas y los tribunales, actuando conforme a ciertas normas que constituyen los procedimientos para producir las decisiones que pongan término a los conflictos que les dieron inicio.

⁶ *Estudios de derecho procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1967.

En efecto, la interacción entre las personas y los tribunales, se lleva a efecto a través de un instrumento especialmente creado, con características tales que pueda canalizar adecuadamente las expectativas de tutela que puedan presentar las personas. La intención de los tribunales de brindar una solución que tome en cuenta las aspiraciones de las partes y que a su vez se transfiere en definitiva. Este instrumento es el *proceso*, compuesto por la concurrencia de la actividad de las partes y de los tribunales y organismos auxiliares.

Este proceso está encaminado y culmina en el *juicio* jurisdiccional, lo que explica que en el lenguaje tradicional se identifiquen *proceso y juicio*, sinónimos rigurosamente exactos.

De allí entonces que el proceso es en realidad un *processus iudicii*, es decir, un camino hacia el juicio. *actus procedendi in iudicio*, tal cual se dejó establecido en las fuentes romanas. En el *pro* se culmina la actividad de *enjuiciamiento* que tiene por objeto dar respuestas definitivas a las aspiraciones de tutela de los ciudadanos. En definitiva, el juicio es el instrumento que crea el derecho que busca el ciudadano a través del sistema procesal.

Así, entonces, y a modo de recapitulación, en nuestro actual modelo de convivencia social el *sistema procesal* está compuesto por la interacción de tres elementos fundamentales: la persona, los tribunales y el proceso. Cada uno de ellos es imprescindible para su buen funcionamiento. La persona es a la vez la que pone en movimiento y usa el sistema; los tribunales son los encargados de proporcionar la tutela, y en fin, el proceso es el instrumento —como dice RAMOS MÉNDEZ—, "el lenguaje que se impone para las relaciones entre ciudadano e infraestructura y para obtener el resultado que se espera del servicio".⁷ Lo singular de la solución jurisdiccional radica precisamente en que se logra a través de este instrumento que es compartido por todos, y que está *constituido por la actuación de los interesados en otorgar y en recibir la tutela*, entre otras razones, para que el producto final, la sentencia, *señale también a todos como responsables de su producción*.

El proceso, constituido, por ende, el elemento principal y más característico del sistema procesal, que proporciona su propia

⁷ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *El sistema procesal español*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 7.

definición, y su grado de legitimidad es tal que actualmente se trata de que muchas decisiones sean adoptadas a través de este instrumento de adopción de decisiones.⁸

III. LA CONSTITUCION COMO FUENTE NORMATIVA BÁSICA DEL SISTEMA PROCESAL

El sistema procesal se encuentra actualmente organizado a nivel de cada Estado, ya que la actividad jurisdiccional es una de las funciones definitivas de la soberanía, sin perjuicio de lo que hemos señalado en cuanto a que paulatinamente se comienza a avizorar la construcción de un sistema procesal internacional o universal.

Todo sistema procesal precisa de un marco normativo. De un conjunto de reglas jurídicas, de diferente origen, que es el que permite organizar su funcionamiento. Constituyen las que se denominan "fuentes del sistema procesal".⁹ Cabe hacer presente que tales normas constituyen la "arquitectura" del sistema, el "modelo teórico" sobre el que está construido, pero no necesariamente reflejan su funcionamiento efectivo. Se trata, como acontece con las personas, que éstas están llamadas a obedecer, pero que va a depender de su propia adhesión voluntaria hacerlo o, de lo contrario, de la efectividad del propio sistema procesal, que es el instrumento con el que se cuenta para lograr concretar la coactividad que toda norma de derecho ofrece.

Retomando la idea central, las normas que reglamentan el sistema procesal, en la medida que se trata de un componente del propio Estado, no pueden ser diferentes a las que organiza el propio Estado.¹⁰

⁸ De aquí que sean discutibles las conclusiones de MONTERO AROCA, en orden a que la disciplina deba denominarse "Derecho Jurisdiccional", porque en el estudio de la jurisdicción radica actualmente su esencia. En realidad, en lo que sí lleva razón este autor es que actualmente no basta con el estudio del mero proceso, sino que también hay que incluir en la disciplina todo lo referente a la organización judicial, en definitiva, a la infraestructura de que hablamos. Aclarado esto, la cuestión de los rútiles deja de ser importante, aunque más adelante iremos a regar nuestra opinión al respecto.

⁹ RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, *El sistema procesal español*, cit., p. 33.

Entre ellas, el rol preponderante lo ocupa la Constitución, que constituye por ahora la fuente formal más alta de reglas jurídicas, que organizan y regulan el funcionamiento de los sistemas procesales nacionales.

Por cierto que la Constitución está también constituida por normas jurídicas, aunque sean de un nivel normativo superior, de modo que siempre precisan del sistema procesal para conseguir su vigencia efectiva, ya que es el instrumento que permite el cumplimiento efectivo de cualquier clase de reglas jurídicas, concretando la amenaza de coacción que llevan implícita a través de la decisión jurisdiccional.

Esto nos demuestra que la vinculación del sistema procesal con la Constitución de cualquier país, incluyendo, por cierto, el nuestro, es doble.

Por una parte, la Constitución, en cuanto fuente normativa, contiene los lineamientos básicos para la organización y el funcionamiento del sistema procesal nacional.

Por otro lado, al mismo tiempo, la Constitución precisa del sistema procesal, para concretar sus mandatos sustanciales, ya que lo valioso de las normas constitucionales es que se las reconoce como portadoras de un mandato jurídico de carácter "sustancial", dirigido a todas las personas, incluyendo al legislador que constituye la principal novedad, que sólo pueden materializarse a través de decisiones de carácter jurisdiccional.

Esta última vinculación es la que permite explicar la importancia que la constitucionalización de las normas jurídicas adquiere en el derecho moderno.

1. LA CONSTITUCIÓN COMO UN SISTEMA DE GARANTÍAS

El rasgo más característico de la Constitución actualmente es que se la identifica con un conjunto de derechos fundamentales, es decir, con un grupo de derechos que adquiere un determinado contenido sustancial establecido en favor de todas las personas, que no puede ser infringido por ninguna autoridad, lo que significa sobre todo incluir al poder legislativo, lo que en último término equivale a la autoridad electoral.

Es decir, una vez incorporado un determinado derecho a la Constitución, no puede ser desconocido por el legislador, que no puede dictar normas legales que signifiquen infringir el contenido de ese derecho fundamental. La constitucionalización de los derechos significa básicamente establecer un sistema de exclusión de los derechos de las mayorías circunstanciales, por lo que claramente puede ser calificado de contenutivamente mayoritario.

Existen evidentemente diferentes tipos de derechos fundamentales. Unos que implican que las demás personas y autoridades no deben infringir una cierta esfera de autonomía, que pueden ser denominados los derechos de libertad tales como el de reunirse, asociarse, tener su vida privada, expresarse, etc.

En cambio, otro grupo de derechos fundamentales suponen exigir del Estado una actividad destinada a satisfacer ciertas necesidades públicas, por lo que las autoridades correspondientes deben observar un cierto comportamiento positivo para satisfacer ciertos, los que pueden ser denominados derechos de prestación o derechos sociales. Incluyen, entre otros, los derechos a la salud, a la educación, al trabajo, a la previsión, etc.

Una vez incorporados al catálogo de derechos fundamentales, éstos adquieren un contenido sustancial que no puede ser desconocido, que debe ir siendo precisado a través de los mecanismos destinados a hacerlos efectivos o garantías que la propia Constitución reconoce.

2. LA GARANTÍA DEL JUICIO JURISDICCIONAL COMO LA GARANTÍA ESENCIAL PARA LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Entre las garantías para conseguir la vigencia de los derechos fundamentales, las definitivas son las garantías de carácter jurisdiccional, es decir, aquellas que suponen la realización de un juicio para producir una decisión obligatoria al menos para las partes en conflicto y sin perjuicio del derecho de las demás personas que se encuentran en la misma situación para requerir la misma solución jurídica en sus respectivos casos.

En efecto, la decisión jurisdiccional tiene la virtud de que se trata de una decisión absolutamente legítima ya que supo-

ne necesariamente la intervención de aquellas personas que se pueden ver afectadas por la decisión, a quienes se confiere el derecho para ir presentando sus alegaciones, rindiendo sus pruebas, contradiciendo las alegaciones y pruebas contrarias, las que necesariamente deberán ser tomadas en cuenta por el o los jueces que intervengan en el caso.

De este modo, las decisiones sobre el contenido de los derechos fundamentales que emanan de los tribunales constituirán, en definitiva, las que precisarán su real alcance, demostrando la preeminencia del juicio por sobre otras fuentes de creación normativa.

En efecto, las Constituciones desde un principio estuvieron dirigidas a establecer un marco obligatorio para el legislador, pero únicamente cuando los diferentes sistemas establecieron los mecanismos jurisdiccionales para declarar inválidas las normas legales que infringieran la Carta Constitucional, ese mandato se pudo hacer efectivo. Es lo que sucedió en los Estados Unidos, cuando la Corte Suprema declaró que el legislador se encontraba sujeto a la Constitución, pero que a ella correspondía decidir si un determinado precepto legal la contravenía, decisión que desde luego sentaba un precedente y que como tal podía ser invocada en todos los demás procesos. Similar situación fue la que se produjo en Europa Continental, después de la Segunda Guerra Mundial, cuando se establecieron los Tribunales Constitucionales; en la Constitución italiana de 1947, y en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, añadiéndose que disponían de la facultad de declarar, después de un proceso jurisdiccional, inconstitucional un precepto legal, quedando éste expedito del ordenamiento jurídico nacional, en una decisión obligatoria para todos los demás tribunales ordinarios.

Luego, por otra parte, poco a poco se fue imponiendo la obligación de todos los tribunales de aplicar directamente las normas constitucionales, que es lo que han terminado por hacer generalizadamente los tribunales ordinarios europeos y han hecho desde siempre los del *Common Law*. Esto se ha traducido en que en los casos concretos se hace aplicación de los derechos fundamentales, generando una práctica y una tradición que constituye el mayor movimiento de renovación jurídica que se puede constatar al día de hoy: la progresiva aplicación de las

normas constitucionales, especialmente las que consagran derechos fundamentales.

TERCERA PARTE: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PROCESO

IV. BASES CONSTITUCIONALES REFERIDAS A LOS TRIBUNALES Y OTROS ORGANISMOS COMO COMPONENTES DEL SISTEMA PROCESAL

1. RESERVA Y DEFINICIÓN DE LA JURISDICCIÓN

La actual Constitución contempla una reserva de la jurisdicción para determinados organismos y además una definición de la función jurisdiccional.

1.1. Reserva de la jurisdicción para los tribunales de justicia

La Constitución establece que los únicos que pueden ejercer jurisdicción son "los tribunales establecidos por la ley" (art. 73 inc. 1º CP). No dice que deba tratarse de "tribunales de justicia", ni tampoco que deban denominarse de esa manera, pues lo único que exige la Carta Constitucional es que estén establecidos por el legislador.

Luego, no podrán considerarse tribunales de justicia organismos que no hayan sido establecidos por la ley. Es frecuente que acontezca con organismos tales como Comisiones de Ética de las Asociaciones Gremiales, en que fueron transformados los Colegios Profesionales, o las Comisiones Investigadoras de diversos organismos públicos o privados. No obstante, la propia Constitución establece algunos organismos que ejercen actividad jurisdiccional, que si bien no son creados por ley, lo son por una norma de superior valor normativo.

Esta ley no puede ser una ley ordinaria, sino que de acuerdo a la misma Ley Fundamental, debe tratarse de una ley orgánica constitucional. Esta deberá determinar la "organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la república" (art. 74 inc. 1º CP).

Esta ley orgánica constitucional sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema, pero no es más que la obligación de recibir su informe sin efecto vinculante.

Hasta ahora, esa ley orgánica constitucional de organización y atribuciones de los tribunales no ha sido dictada, por lo que fige la Disposición Transitoria Quinta, conforme a la cual "se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales".

Por ende, como es sabido, el Código Orgánico de Tribunales constituye actualmente el cuerpo legal que se considera ley orgánica constitucional, de modo que toda modificación se realiza con las formalidades propias de esta última categoría de leyes.

1.2. *Otros organismos a los que confieren funciones jurisdiccionales*

La Carta Constitucional contempla además, en forma directa, el establecimiento de otros organismos que también desempeñan funciones jurisdiccionales.

2.1. *Tribunal Constitucional*

2.1.1. *Los Tribunales Constitucionales como organismos jurisdiccionales*

Las normas constitucionales pasaron a tener verdadera trascendencia, cuando se logró conseguir uno o más tribunales ante los cuales hacer efectivo el mandato contenido en sus normas.

La gran dificultad se presenta respecto al legislador, ya que, en cuanto a las demás personas y organismos es bastante menos difícil conseguir que acaten los mandatos constitucionales. Desde luego, los tribunales ordinarios son los encargados de seguir la aplicación de todas las normas jurídicas que rijan un determinado supuesto de hecho, de modo que entre ellas se incluyen naturalmente los preceptos de rango constitucional.

El problema se produce cuando se pretende que el legislador es el que se ha apartado de una norma constitucional. Por que si se parte de la premisa que los tribunales deben fallar conforme a la ley, no resulta fácil admitir que en determinados supuestos deben dejar de aplicarla porque consideren que ella es contraria a la Constitución.

Las dos soluciones conocidas para controlar la constitucionalidad de la ley son, como es sabido, la de encomendar a todos los tribunales ordinarios esta tarea, o bien, crear un tribunal especial para encomendarle esta función.

La primera solución significa admitir que todos los jueces se constituyen en los controladores de la Constitución frente al legislador. Es lo que ocurrió sin mayores cuestionamientos en los Estados Unidos de América, en los cuales se admitió pacíficamente que desde la Corte Suprema todos los demás jueces tienen el deber de hacer prevalecer la Constitución por sobre la ley. Es lo que se ha conocido como el sistema de control difuso de constitucionalidad de la ley.

Lo cierto es que este mecanismo pudo establecerse porque se trataba de un país sin una cultura legalista, es decir, en que se considerara a la ley como la fuente normativa más importante. Por el contrario, la cultura jurídica del *Common Law* supone admitir que el medio para conseguir la igualdad jurídica es el precedente, es decir, que los tribunales están obligados a aplicar la misma solución que se ha aplicado en un caso concreto, a todos los que más adelante se encuentren en la misma situación fáctica, ya que la sentencia judicial anterior debe considerarse un precedente, que necesariamente debe aplicarse a los casos posteriores, salvo que se demuestre que se trata de un caso diferente y que, por ende, debe aplicarse otra solución jurídica. Incluso crease una nueva. Este sistema supone una profunda confianza en los tribunales, de modo que la sentencia jurisdiccional, que debe respetarse en todos los casos posteriores iguales, se transforma en la principal fuente de creación normativa.

Evidentemente, que en países con una fuerte tradición de sujeción del juez frente a la ley, como es el caso de los europeos continentales y con el sistema jurídico del *Civil Law*, esta solución no fue admitida. Por el contrario, aunque en sus orígenes es indudable que la intención era conseguir por la vía de la estricta sujeción del juez frente a la ley la proscripción rectamente de los representantes del pueblo, poco después se pudo apreciar que este se constituía en uno de los mecanismos más eficaces para mantener el poder concentrado en una elite dirigente.

Cerrada durante mucho tiempo la posibilidad de que los jueces pudieran en algún momento prescindir de la ley, ni siquiera para hacer prevalecer la Constitución, la solución frente a las arbitrariedades del legislador, cuando todos los poderes cayeron en manos de autócratas, que por la vía de la ley pudieron coartar toda clase de atropellos a los derechos de las personas, sin que los tribunales tuvieran ninguna capacidad para reaccionar y poner atajo a tales abusos, escudados en la prohibición de desobedecer a la ley, fue la de crear un nuevo tribunal, especialmente dedicado al control de la constitucionalidad de los actos del Legislativo.

Estos fueron los Tribunales Constitucionales europeos, contemplados en las Constituciones dictadas después de la Segunda Guerra Mundial, que según la construcción teórica que acompañó su establecimiento, se trataba de tribunales especiales, situados fuera de la estructura de los tribunales ordinarios de justicia, que si bien eran organismos de carácter político, al mismo tiempo emitían sus resoluciones sometidos a las reglas procesales propias de la jurisdicción.

Se ha hablado entonces de jurisdicción constitucional, como un tipo especial de jurisdicción diferente a la que ejercen los tribunales ordinarios.

No obstante, en la medida que actualmente los Tribunales Constitucionales europeos y latinoamericanos conocen y resuelven conforme al mérito de las alegaciones de las partes, declarando la inconstitucionalidad de actos judiciales, legales e incluso administrativos, a través de resoluciones vinculantes, producidas conforme al mérito de los antecedentes acumulados durante un procedimiento y fundamentado jurídicamente, lo cierto es que su labor nos parece elícticamente asimilable al ejercicio de la jurisdicción.

Tanta es la importancia que sus decisiones tienen para resolver los juicios pendientes, que generalmente la posibilidad de acudir al Tribunal Constitucional se concede luego de agotados los recursos ante los tribunales ordinarios. Más aún, en caso de ser acogido el recurso ante este tribunal, todos los tribunales ordinarios resultan obligados a respetar sus decisiones, consiguiendo en definitiva darle valor universal a una resolución pronunciada para un caso concreto.

Por lo tanto, es indudable que el Tribunal Constitucional constituye en la actualidad en prácticamente todos los países que cuentan con él, un tribunal que ejerce jurisdicción.

2.1.2. El Tribunal Constitucional chileno

Uno de los pocos ejemplos en los que un Tribunal Constitucional no controla la constitucionalidad de las leyes, ni de otros actos legislativos, así como tampoco judiciales, es el chileno.

En efecto, por ahora, el control que ejerce el Tribunal Constitucional es un control previo a la promulgación de las leyes, ya sean leyes orgánicas constitucionales o leyes que interpretan la Constitución (art. 82 N° 1 CP), casos en lo que es obligatorio, decretos con fuerza de ley (art. 82 N° 3 CP) y leyes ordinarias, de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso (art. 82 N° 3 CP). En estos casos, como se ha advertido, en rigor esta intervención constituye un trámite obligatorio durante la elaboración de la ley, por lo que es difícil identificar actividad jurisdiccional.

En realidad, en cuanto al control de la constitucionalidad de las leyes vigentes, se cuenta con el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que corresponde conocer a la Corte Suprema. Esta atribución le fue conferida en la Constitución de 1925, lamentablemente con la creencia de que se lograba imitar el sistema de control de constitucionalidad de la ley que se contemplaba en los Estados Unidos, sin reparar que en nuestro país las sentencias judiciales producen efectos relativos y no obligan a los demás tribunales a aplicarlas a otros casos, aunque sean idénticos. Esta atribución parcial de control de constitucionalidad de la ley —aunque en rigor tratándose del Tribunal Constitucional sea de proyectos de ley— a dos organismos diferentes, ha dado origen a un sistema caótico y carente de la debida articulación.¹⁰

En cambio, hay otras materias en las cuales el Tribunal Constitucional chileno ejerce efectivamente una función jurisdiccional, como acontece con su facultad de declarar la inconstitucionalidad de los partidos políticos, movimientos u organizaciones cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos

¹⁰ Según ha sostenido con particular énfasis GÓMEZ BERNALES, GASTÓN.

del régimen democrático y constitucional o procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como las que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política (art. 19 N° 15 CP, en relación al art. 82 N° 7). En esos casos, esta declaración se efectúa conforme a un procedimiento preestablecido cuyo desarrollo da origen sin lugar a dudas a un verdadero proceso jurisdiccional.

Lo mismo sucede a nuestro entender en algunas otras materias, tales como, por ejemplo, la declaración de las inhabilidades, incompatibilidades y causas de cesación en el cargo de los parlamentarios (art. 82 N° 11).

2.2. Justicia electoral

Por su especialidad, la Constitución ha organizado una justicia electoral, encabezada por el Tribunal Calificador de Elecciones (art. 84 inc. 1° CP) e integrada además por los tribunales electorales regionales (art. 85 CP).

Estos tribunales indudablemente ejercen jurisdicción aunque se trate de materias muy especiales. En particular, es lo que sucede con las reclamaciones que se formulan respecto a los escrutinios de las diferentes elecciones que les corresponde controlar, ya que en tales casos conocen de un conflicto planteado por los interesados, reciben probanzas y emiten una sentencia motivada, ajustada al mérito de los antecedentes recopilados en el proceso.

Tanto es así, que la Constitución establece que procederán como jurado en la apreciación de los hechos, queriendo decir que podrán apreciar libremente la prueba, y sentenciarán con arreglo a derecho, lo que significa que su resolución deberá ajustarse a normas jurídicas y al mérito de los antecedentes producidos por las partes.

3. EL MINISTERIO PÚBLICO COMO UN ORGANISMO NO JURISDICCIONAL QUE DEBE INTERVENIR EN EL SISTEMA PROCESAL

Además de los organismos que ejercen jurisdicción, existe otro organismo no jurisdiccional que debe intervenir en el sistema

procesal penal, que está expresamente establecido en la Constitución.

Se trata del Ministerio Público, al que se ha concebido como un organismo constitucionalmente autónomo y jerarquizado. Su creación fue producto de la necesidad de establecer un nuevo modelo de justicia criminal, que permitiera diferenciar lo que es la persecución penal de la función jurisdiccional, de modo que su regulación esencial se contemplea en el nuevo Capítulo VI-A de la Constitución, introducido por la Ley 19.519, publicada en el D.O. el 16 de septiembre de 1997.

3.1. Definiciones generales

La Constitución contempla las definiciones generales acerca del nuevo organismo que, en definitiva, vinieron a significar las normas básicas sobre las que se articuló todo el nuevo sistema de justicia penal, incluyendo también las Disposiciones Transitorias Trigésimasexta y Trigésimaséptima de la misma Constitución, que fueron introducidas por la misma Ley de Reforma Constitucional que creó el Ministerio Público.

En este sentido, la definición constitucional que se contempla en el art. 80 A está llamada a alterar todo el andamiaje procesal existente hasta ahora, en la medida que dispuso que el Ministerio Público "dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito". Esto quiere decir que ningún otro organismo, tales como Consejo de Defensa del Estado, Servicio de Impuestos Internos, Servicio de Aduanas, etc., podría reclamar para sí competencia para investigar hechos que eventualmente pudieran traer consigo la responsabilidad penal de alguna persona. Lo más importante, sin embargo, es que ningún juez podrá en el futuro disponer de facultades para investigar esta clase de hechos.

Luego, este mismo organismo -Ministerio Público- es el que debe "en su caso, ejercer la acción penal pública", lo que significa diferenciar la investigación penal del ejercicio de la acción penal, la que consecuentemente debe considerarse imputada a través de la acusación, y a su vez, esta sólo puede ser hecha valer por los fiscales del Ministerio Público, aunque se deja salvo la posibilidad de que la ley establezca que "el ofendido por el delito y las demás personas" que determine el mismo legisla-

don puedan también acusar. Pero lo que no pueden hacer, en ningún caso, es investigar hechos constitutivos de delitos.

En buenas cuentas, constitucionalmente se ha consagrado de manera definitiva como el único procedimiento criminal válido en Chile al de estructura acusatoria, caracterizado porque siempre la acusación debe ser ejercitada, sostenida y probada por alguien diferente al juez.

No sólo eso, sino que incluso la investigación tendiente a acreditar la inocencia del acusado también es monopolio del Ministerio Público, de modo que, por ejemplo, no podría coexistir, sin una modificación constitucional, la facultad de investigar a la Defensoría Penal Pública.

Este monopolio se explica porque se establece que el Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a la policía durante la investigación de los hechos que revistan caracteres de delito, sin que, por ende, ésta pueda disponer de facultades autónomas de investigación penal. Las órdenes que le impartan los fiscales no podrán ser cuestionadas por los miembros de la policía, en su legalidad, oportunidad, fundamento o justicia.

Sin embargo, esta facultad de investigar de los miembros del Ministerio Público tiene una limitación esencial, cual es que no pueden afectar derechos fundamentales de las personas, puesto que para ello siempre requieren de la aprobación judicial previa. Hacemos presente que el actual Código Procesal Penal hace aplicación rigurosa de esta norma constitucional, salvo en los casos de delitos flagrantes, normas estas últimas que resultan de dudosa constitucionalidad, ya que se pueden afectar derechos fundamentales, en particular la libertad personal, sin previa orden judicial.

Nótese que la Constitución prohíbe la restricción o perturbación de derechos fundamentales, sin aprobación judicial previa.

Además, la propia Ley Fundamental establece que les corresponde otra función esencial, que es la protección a las víctimas de los hechos constitutivos de delitos, de modo que, por definición constitucional, nunca puede dejar de desatender sus intereses. Y si bien es cierto que en teoría al Ministerio Público le corresponde vigilar la aplicación de la ley penal, atendiendo al bienestar de toda la sociedad, por sobre los intereses individuales en rigor, en Chile, se dispuso expresamente que no debe

desatender los intereses particulares de las víctimas de los delitos concretos. Se trata de una obligación constitucional con pocos precedentes en el derecho comparado, de modo que cabe extraer las consecuencias que corresponden, lo que de alguna manera es residoído por el actual Ministerio Público, que insiste en que los fiscales no son los "abogados de las víctimas".

Por otro lado, el mismo texto constitucional hace expresa excepción a la aplicación de estas reglas, tratándose de las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, que se rigen por el Código de Justicia Militar y leyes complementarias.

3.2. Normas sobre organización del Ministerio Público

La Constitución obliga al legislador a dictar una Ley Orgánica sobre el Ministerio Público para determinar su organización y atribuciones de sus integrantes (art. 80 B CP).

De todos modos, la Constitución contempla bastantes definiciones al respecto, que debieron ser seguidas por el legislador al dictar la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (Ley 19.640, publicada en el Diario Oficial el 15 de octubre de 1999).

Desde luego, establece que el Fiscal Nacional, para cuya designación dispone un complejo procedimiento con intervención del Poder Judicial, Presidente de la República y Senado (art. 80 C CP), ejercerá la superintendencia directiva, correccional y económica sobre el Ministerio Público, repitiendo una tradicional fórmula constitucional que una vez usada por la Corte Suprema, que en este caso resulta poco afortunada, ya que se lo había definido como un organismo jerarquizado (art. 80 A inc. 1º CP), de modo que naturalmente le corresponde su jefatura sobre todos esos aspectos, pero no una mera "supervigilancia" o "superintendencia". Más aún, podrían considerarse inconstitucionales los preceptos legales que disponen una estricta jerarquía en las más diversas materias al interior de la institución, pero que, sin embargo, son necesarias para su adecuado funcionamiento.

En segunda, se contemplan fiscales Regionales, habiendo con requisitos y complejos procedimientos de designación, regulados constitucionalmente (art. 80 E CP). Lo curioso es que nada se dice respecto a que en ellos se radica el poder de persecución penal, que comprende la investigación y el ejercicio de la

ción penal, que fue la opción seguida por el legislador en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

El constituyente dispone también que los fiscales que están más abajo en la organización del Ministerio Público serán los fiscales adjuntos (art. 80 F), en quienes recae el grueso de la actividad de persecución penal.

La definición constitucional que se contempla respecto al ejercicio de esta actividad constitutiva del Ministerio Público es que debe haber algún grado de independencia y autonomía en las actividades de investigación y de ejercicio de la acción penal, de los casos que tengan a su cargo. Asimismo, deberán asumir la responsabilidad consiguiente por su desempeño (art. 80 B), lo que la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público se ha encargado de especificar:

3.3. Disposiciones constitucionales transitorias

Una de las características más significativas de la Reforma Procesal Penal chilena, a nivel de derecho comparado, es la gradualidad en su implementación, que es lo que está permitiendo el control que en general se puede apreciar hasta ahora.

Lo cierto es que tratándose de un país unitario y siendo evidente que el nuevo sistema procesal penal importa un sustantivo incremento de las garantías para todas las partes involucradas, no resultaba posible justificar desde el punto de vista del debido proceso y las garantías constitucionales del sistema procesal, que en algunas regiones y a algunos imputados se les aplicara un juicio mucho más desarrollado que a otros. Se producía en ese caso, después de todo, una infracción a la garantía de la igualdad.

Por otro lado, existía el más pleno convencimiento de que la Reforma Procesal Penal no podía llegar a implementarse con éxito si no se conseguía nombrar oportunamente a los nuevos jueces, construir las edificaciones necesarias, establecer el Ministerio Público y, con posterioridad, la Defensoría Penal Pública. Sobre todo, preparar adecuadamente a todos quienes debían pasar a desempeñarse en esos cargos. Era indudable que eso requería tiempo, especialmente en las regiones más grandes, por lo que se llegó a la conclusión que era imprescindible la implementación gradual.

Para evitar cualquier planteamiento en torno a la inconstitucionalidad de la gradualidad, se permitió en una Disposición Constitucional Transitoria la entrada en vigencia gradual del nuevo sistema de justicia criminal. Es así como la Trigesimasexta Disposición Transitoria de la Constitución dispone que se podrán establecer fechas diferentes para su entrada en vigor, incluyendo su aplicación gradual en diversas materias y regiones del país. Fue así como la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, en su Artículo Cuarto Transitorio, dispuso un calendario en cuatro etapas para la entrada en vigencia de la reforma, que después fue modificado a cinco.

Si bien es cierto que han existido algunos intentos aislados de hacer aplicables disposiciones específicas de las diversas leyes que componen la Reforma Procesal Penal, como, por ejemplo, solicitando la designación de defensores penales públicos para reemplazar a los abogados de turno en las regiones en que está vigente el nuevo sistema, la aplicación de causales de sobreseimiento contempladas en el Código Procesal Penal en regiones donde no lo está, la verdad es que como se trata de un sistema completo, que no puede ser aplicado por partes, pues en ese caso se corre el riesgo de tergiversar totalmente su sentido, finalmente se ha terminado por imponer absolutamente la gradualidad. Incluso la Sala Penal de la Corte Suprema así lo ha ratificado con toda claridad.

V. BASES CONSTITUCIONALES SOBRE LA CONSTITUCION DE LOS PROCESOS: LAS GARANTIAS

El último de los elementos del sistema procesal es el proceso o juicio, sobre el cual confluyen los anteriores, que son las partes y la jurisdicción.

Lo cierto es que la Constitución no contempla una regulación directa sobre la forma en que se han de constituir los procesos, que sea obligatoria para los legisladores y los jueces, pero sí que consagra un instrumento de la mayor importancia, que actualmente determina prácticamente la configuración de cualquier juicio, a través del establecimiento de las garantías constitucionales del proceso.

I. VALOR JURÍDICO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO

Las garantías o derechos fundamentales tienen un superior valor normativo, porque se encuentran consagradas en su mayor parte en la Constitución Política, que, como es sabido, se impone a todas las autoridades del Estado, incluyendo al Poder Legislativo, que afectan las leyes debe respetar todos sus preceptos.

De allí la importancia de que en las Constituciones de todos los Estados se contenga un catálogo amplio de derechos fundamentales de orden procesal. En realidad, se ha advertido en los últimos años en todos los países occidentales, con un sistema jurídico similar al nuestro, que de poco sirve asegurar otros derechos si no se garantiza que los procesos en los cuales esos derechos deberán hacerse valer van a ser a su vez respetuosos de los derechos fundamentales.

La historia ha comprobado, especialmente en Europa durante la Segunda Guerra Mundial con los regímenes nazista y fascista, que constituye un grave atentado a la convivencia social que los procesos, que son el medio de interacción de las partes y los tribunales para lograr solucionar los conflictos personales y sociales más graves, no sean respetuosos de los derechos fundamentales. A nadie nos aparta la gravedad de la situación que se produce cuando los procesos son llenados por jueces carentes de independencia, o de imparcialidad, o que no se permita la defensa de las partes, especialmente del imputado, en fin, que tales órganos no se comporten como verdaderos tribunales de justicia. Cuando eso sucede, los habitantes del país quedan absolutamente desamparados.

Establecido que en un momento histórico determinado los tribunales no están cumpliendo o no han cumplido debidamente con sus funciones, se produce una pérdida de confianza de la ciudadanía, la que resulta muy difícil de superar. Lamentablemente, en una opinión compartida por vastos sectores, mucho de esto último ha sucedido en Chile, y de allí el reclamo social por una reforma al sistema judicial, que aunque no se agota en ella, debe comenzar y ha comenzado por los procedimientos y en particular por el procedimiento penal.

Por eso es que en las modernas Constituciones de los países europeos y latinoamericanos, a contar de la constatación de la

trascendencia del buen funcionamiento de los sistemas judiciales, se comenzaron a incluir numerosas garantías de orden procesal. Más aún, en la práctica, estas garantías, que protegen contra la actuación de los propios tribunales, se han revelado como las de mayor trascendencia para la ciudadanía.

Lamentablemente, a diferencia de otras Constituciones de países occidentales —tanto más antiguas como más nuevas y especialmente entre estas últimas las de fecha similar a la de elaboración de la Ley Fundamental chilena— la de nuestro país no contiene un catálogo amplio o al menos suficiente de garantías del sistema procesal. Esta situación resulta tanto más lamentable si se tiene en cuenta que es precisamente a través de este sistema que las personas pueden obtener la tutela de todos los demás derechos, fundamentales o no, constituyéndose en un verdadero Estado de Derecho, que se caracteriza por el respeto generalizado a los derechos de las personas.

Sin embargo, el mayor problema para la vigencia efectiva de estas garantías de orden procesal en nuestro país hasta ahora es la deficiente o nula justicia constitucional que se ha logrado implementar, ya que en el derecho comparado el reconocimiento de las garantías ha ido acompañado de la instauración de un Tribunal o Corte Constitucional, encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad, incluyendo los de orden judicial, en que con la técnica propia del proceso, se decide si atenta contra normas de la Ley Fundamental, lo que en caso de ser efectivo se traduce en la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico o en el reemplazo de la resolución de autoridad impugnada.

Pues bien, este mecanismo se ha mostrado extraordinariamente fecundo en materia de garantías constitucionales de orden procesal, en cuanto por esa vía se permite controlar su respeto tanto por parte del legislador al establecer las reglas de procedimiento como por parte de los propios jueces al resolver los casos concretos. Así, se han abierto mecanismos y recursos jurídicos para denunciar casos en que no se ha respetado la garantía de un justo o debido proceso.

Nada o poco de eso ha sido posible en Chile, aunque en el último tiempo hay signos alentadores, porque el recurso de

implicabilidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema no se ha utilizado ni por los litigantes ni por el máximo tribunal para denunciar infracciones a las garantías de orden procesal reconocidas en la Carta Constitucional y, en realidad, aunque se admitiera, produce efectos para el caso concreto, lo que lo hace totalmente ineficiente para controlar al legislador, con el resultado de que se han mantenido vigentes hasta ahora procedimientos totalmente atentatorios contra el debido proceso.

2. GARANTÍAS CONCRETAS QUE SE CONTIENEN EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA

De todos modos, en la actual Constitución chilena se contiene una garantía más amplia que existe y es la que señala que "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponde al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento" (art. 19, N° 3 inc. 5°). A pesar de que su redacción ha merecido justificados reparos, como veremos más adelante, no cabe duda que la intención de los constituyentes fue incorporar al catálogo de garantías constitucionales el derecho "al debido proceso" al "due process of law", tal cual ha sido construido por el derecho y la jurisprudencia anglosajona. Se trata de una garantía amplísima cuya exacto contenido no resulta fácil establecer, y que debe ser objeto de una adecuación para hacerla operativa en nuestro derecho continental pues, como es sabido, ha sido construida en base a la filosofía y los postulados por los que se estructura el *Common Law*.

Es también bastante amplia, aunque sólo opera al interior del proceso, la garantía de la defensa procesal, que ha sido establecida también con menos claridad de la deseable, en el art. 19 N° 2, inc. 2°: "Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiese sido requerida (...). La ley otorgará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos". En efecto, aunque, como veremos más adelante, la intención de los redactores del precepto era referirse sólo a la defensa técnica,

esto es, a la asistencia letrada, la alusión literal al "derecho a la defensa jurídica" importa entender reconocido el derecho a la intervención de las partes, prevaleciendo o no de un defensor letrado, sin perjuicio de que la presencia de este último puede ser legalmente exigible en casos determinados.

Otras garantías reconocidas con mayor claridad son la del derecho al juez predeterminado por la ley y la prohibición de las comisiones especiales (art. 19 N° 3, inc. 4°). También se incluye el derecho a que no se presuma de derecho la responsabilidad penal (art. 19 N° 3, inc. 6°), sin que lamentablemente se haya llegado al reconocimiento de la presunción de inocencia; y el derecho a no poder ser obligado a declarar bajo juramento sobre hecho propio o de parientes (art. 19 N° 7, letra f). Hay, asimismo, una regulación detallada, a veces bastante restrictiva, sobre determinados aspectos de la libertad personal en relación al juicio penal (art. 19 N° 7), pero poco más se puede decir.

Para tener una idea de la cantidad y calidad de garantías del sistema procesal que se reconocen en otras Leyes Fundamentales, téngase presente nuevamente la Constitución española de 1978 que se tuvo en cuenta por los redactores de la nuestra en tantas otras materias, pero no en ésta-, en cuyo art. 24.2 se dice: "Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia". Lo importante, por cierto, es que cada una, entre otras, de estas garantías de orden procesal, ha sido y está siendo latamente desarrollada por la propia jurisprudencia constitucional y ordinaria. Lo mismo sucede en Alemania y en Italia especialmente, demostrando que el desarrollo de estas garantías constitucionales constituye hoy en día a nivel internacional, sin lugar a dudas, la principal línea de progreso del Derecho Procesal.

La conclusión a que se puede llegar es que este exiguo reconocimiento en Chile de las garantías del sistema procesal, garantías como hemos señalado del último sistema de tutela de los intereses de las personas, se debe, en primer lugar, al origen no democrático de nuestra actual Constitución Política.

En, a que por razones bien conocidas no fue el resultado de un proceso de elaboración consensual a nivel nacional en que participaran todas las fuerzas políticas, sectores sociales y académicos; y, en segundo lugar, a una insuficiente comprensión en su momento —que lamentablemente se mantiene hasta el día de hoy— de la importancia de estas garantías, como queda patente de la lectura de las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, que inició su elaboración, que fue la instancia en la que se seleccionaron los derechos fundamentales que se iban a proteger y en que se redactaron las normas encargadas de su protección, pero que se hizo varios años antes de que finalmente la Carta entrara a regir definitivamente. Lapsos durante el cual se produjeron importantes avances en la materia. Lo concreto es que en esta materia sería deseable un profundo perfeccionamiento de nuestra Carta Fundamental, aunque no se avizora que ello pueda ocurrir en el corto plazo, por la falta de comprensión en vastos sectores políticos y jurídicos de su importancia.

Tanto es así, que ahora último se ha llegado a la conclusión de que partir de este conjunto de garantías, debidamente armonizadas, y teniendo en cuenta la interpretación que se ha hecho de ellas, se puede llegar a hablar de un *modelo constitucional in jure*, que el legislador debe tener en cuenta para la construcción y modificación de los procedimientos. Vale decir, el legislador no podría constituir en el futuro procedimientos que permitan vulnerar estas facultades.

Esta misma evolución se está produciendo en el resto de Latinoamérica, puesto que en casi todos los países del área se ha iniciado un paulatino proceso de reformas a los procedimientos de orden penal, destinado a adecuarlos a las exigencias derivadas de las garantías constitucionales e internacionales del sistema procesal, movimiento al que afortunadamente, como hemos venido señalando, también nuestro país se está incorporando. En consecuencia, la reforma es un primer paso para poner al día a Chile en un fenómeno que alcanza a prácticamente todos los países del centro y sur de América.

3. GARANTÍAS RECOGIDAS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES QUE FORMAN PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD CHILENO

En atención a su origen claramente no democrático, como es sabido, la Constitución de 1980 fue objeto de una serie de reformas en 1989, negociadas entre los partidos políticos de la oposición y el régimen militar, entre las cuales se incluyó una que ha venido a paliar en parte el débil compromiso del texto original de la Carta Constitucional de 1980 con las garantías del sistema procesal.

Nos referimos a la modificación que se le introdujo en esa oportunidad a su artículo 5° inc. 2° *in fine*, cuya redacción fue dejada como sigue: "Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos [los esenciales que emanan de la naturaleza humana], garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes".

Pues bien, aunque rodeado de gran controversia, este precepto parece importar la integración de las garantías fundamentales del sistema procesal recogidas en pactos internacionales sobre derechos humanos, al ordenamiento jurídico nacional. Es decir, tales normas se han transformado en preceptos que obligan a todas las autoridades del Estado, incluyendo al legislador y a los tribunales, no sólo a su respeto —a no hacer nada que sea contrario a ellos—, sino que incluso les exige desarrollar su propia actividad para obtener su efectiva vigencia.

En estos instrumentos internacionales si que encontramos abundantes garantías del sistema procesal, con vigencia inmediata y por tanto, en estos momentos rigiendo plenamente en nuestro país, sin perjuicio de las infracciones que a su respecto se puedan estar cometiendo diariamente por las autoridades judiciales y legislativas, al no respetar tales garantías llevando a efecto procesos que las atropellan y/o mantener vigentes procedimientos que atentan en contra de las mismas.

Entre los tratados internacionales aprobados por nuestro país que contienen normas fundamentales en esta materia se encuentra la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH), tam-

bien llamada "Pacto de San José de Costa Rica",¹³ en cuyo artículo 8^o se enumeran una serie de garantías en este orden, por lo que vale la pena reproducirlo íntegramente:

1. 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, establecida con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito no tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) Derecho del inculcado a ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal. b) Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada. c) Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa. d) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor. e) Derecho irrevocable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defende por sí mismo ni nombrar defensor dentro del plazo establecido por la ley. f) Derecho de la defensa a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos. g) Derecho a no ser obligada a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. h) Derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior".

Asimismo, es importante el "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos",¹⁴ en cuyo artículo 14 también se apuntan las garantías esenciales del sistema procesal:

1. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1966, entrando en vigencia el 18 de julio de 1978, Chile depositó su instrumento de ratificación el 21 de agosto de 1980, fue promulgada por Decreto Nº 873, de 23 de agosto de 1981, y se publicó en el D. O. de 5 de enero de 1991.

2. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1966, entrando en vigencia el 18 de julio de 1978, Chile depositó su instrumento de ratificación el 21 de agosto de 1980, fue promulgada por Decreto Nº 873 de 23 de agosto de 1981, y se publicó en el D. O. de 5 de enero de 1991.

"1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. 2. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer de tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o por un defensor de su elección; e) A ser informado, si no tiene el defensor, del derecho que le asiste a tenerlo; y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; f) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".

Otros tratados que se deben tener en cuenta, por contener normas de este orden, son la "Convención contra la Tortura o Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura".¹⁵⁻¹⁶

¹⁵ Adoptada el 9 de septiembre de 1985, entrando en vigencia el 28 de febrero de 1987, fue ratificada por Chile el 30 de septiembre de 1988, con reservas, promulgada por Decreto Nº 809, de 7 de octubre de 1988, y publicada en el Diario Oficial de 26 de noviembre de 1988. Con fecha 21 de agosto de 1990 fueron retiradas las reservas, por Decreto Nº 40, de 7 de enero de 1991, y publicado en el Diario Oficial de 13 de enero de 1991.

¹⁶ Asimismo, aunque no con el valor de tratado, pero con gran importancia histórica, debemos citar la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, art. 8 ("Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamenteles reconocidos por la Constitución o la ley"); art. 9 ("Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado"); y, especialmente, art. 10 ("Toda persona tiene derecho, en condiciones de igualdad, a ser oída públicamente y

Estos pactos a su vez han dado origen a cierta jurisprudencia especial la que emana de la Comisión y de la Corte Amé-
rica sobre Derechos Humanos, a la que se ha de agregar la del Co-
mité de Derechos Humanos del Pacto de Derechos Civiles y
Políticos, que deberían ser utilizados por nuestros tribunales para
orientar su propia jurisprudencia, aunque lamentablemente has-
ta ahora ello apenas ha acontecido.

Luego, el legislador y la jurisprudencia han ido aplicando pau-
lino pero progresivamente estas garantías. Así, el legislador en
el nuevo Código Procesal Penal, ha dispuesto que se apliquen direc-
tamente aplicables a los procesos penales "las normas contenidas en
las instituciones internacionales sobre derechos humanos ratificadas por Chile
y vigentes". Es decir, los principios señalados y otros similares con-
tienen normas concretas las cuales los jueces, fiscales y demás
intervinientes en el proceso deben obligatoriamente ceñir su con-
ducta, como efectivamente lo han estado haciendo.

4. EL DERECHO AL JUSTO O DEBIDO PROCESO O PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS

El examen concreto de las garantías de orden procesal debe co-
menzar por la del debido proceso, porque se trata de la princi-
pal de todas ellas y la que resume la forma en que se ha trabajado
para articularlas a nivel internacional y comienza a hacerse in-
cientemente en Chile.

En rigor, en lo que constituye su característica esencial, no
se trata de una garantía específica, que tenga un contenido pre-
suscrito, sino que corresponde a los propios actores del sis-
tema judicial ir llenándola de contenido. Por eso es que se trata
de una garantía que debe operar, a nuestro entender, fundamen-
talmente como una fórmula general y subsidiaria, que permita
corregir procesos cuando no concurre otra garantía o para re-
forzar una más específica, que son las que estudiaremos más ade-
lante.

con justicia, por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación
de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra
ella en materia penal).

4.1. Antecedentes de su reconocimiento en Chile

Ya está dicho que la garantía del sistema procesal más impor-
tante de todas las que aparecen consagradas explícitamente en
la Constitución chilena es, sin lugar a dudas, la del debido proce-
so, que recoge el art. 19 N° 3 inc. 5°, en los términos siguientes:
"Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en
un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador es-
tablecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación
racionales y justos" (texto actual según modificación introducida
por la Ley 19.519, de reforma constitucional y que creó el Mi-
nisterio Público).

De las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Consti-
tución se desprende de manera inequívoca que la intención de
sus redactores fue la de consagrar por vez primera en nuestro
país la garantía desarrollada en el derecho anglosajón y conden-
sada en la fórmula "due process of law" y sus traducciones más
correctas son las de derecho a un "justo" o "debido" proceso o
"proceso con todas las garantías".

Aunque está establecido fuera de toda duda que esta esen-
cial garantía, de tan vasto alcance, se encuentra reconocida en
nuestro país, no puede dejar de criticarse desde un punto de
vista jurídico la poca precisión técnica de sus redactores en los
términos empleados en el precepto constitucional citado.

De partida, va contra el sentido mismo de la garantía, que
como todas las de su género se dirige a evitar no sólo los abusos
en que pudiera incurrir el juez en la tramitación y fallo de un
proceso concreto, sino también los que provengan de la actua-
ción del propio legislador, que la determinación de su conteni-
do se pretenda libremente dejar a la ley en sentido estricto y
luego, que se la pretenda reducir a un proceso "legalmente tra-
mitado", es decir, con sujeción a los trámites legales. Es eviden-
te que aunque el proceso sea llevado en términos estrictamente
ajustados a la literalidad de la ley, igual puede no ser "justo" o
"debido" y violentar la garantía, porque precisamente sea la ley
conforme a la que se lo tramita la que se aparte de las prescrip-
ciones de justicia que debían observarse en su desenvolvimien-
to, según tendrá que determinar el tribunal correspondiente.

En todo caso, al margen de estas deficiencias de redacción,
lo importante es que la garantía aparece reconocida en nuestra

Constitución y que en Chile debe constituirse en la piedra angular de un sistema de garantías del proceso que satisfaga los niveles mínimos de justicia en su tramitación.

1.2. El contenido del derecho al justo o debido proceso debe ser privativo judicialmente en cada caso

Para establecer con algún sentido su exacto contenido, no se puede dejar de tener presente algunos antecedentes sobre la forma en que surgió en el ámbito del *Common Law*, ya que la formulación de la garantía del justo proceso, o *due process of law*, es resultado de una larga evolución histórica en el seno de ese sistema jurídico.

Producto de ella, se ha llegado a la formulación actual de la cláusula *due process*, que se ha extendido al resto del mundo, pero que no resulta fácil ni mucho menos caracterizar, ya que su nota esencial como garantía del sistema procesal es la de constituir un "*fundamental principle of justice*".

Como tal, se trata de una fórmula sustancialmente amplia, indeterminada y que se asienta en el principio esencial de la técnica jurídica de tutela de intereses en el mundo anglosajón, conforme al cual "*where there is no remedy is no right*", en el sentido de que el derecho sólo se puede reconocer como existente cuando sea posible de perseguir judicialmente. Por eso la doctrina de esos países advierte que no puede existir garantía más importante que la de un *justo proceso*, porque cualquier derecho atribuido o reconocido en una norma sustantiva, si no es susceptible de *enforcement* jurisdiccional a iniciativa del titular, sería completamente ilusorio.

De allí que la "garantía del debido proceso ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía judicial en sí misma. La garantía del debido proceso consiste, en último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso. Pero no de cualquier proceso -y éste es el *plus* que interesa como garantía del sistema procesal-, sino de un *proceso justo* o *equitativo*, puesto que esencialmente *due process of law* significa el proceso que sea debido, o sea, justo y apropiado. Los procedimientos judiciales pueden variar de acuerdo a las circunstancias, pero serán procedimientos *debidos* si siguen las formas

establecidas del derecho, o si, al adoptar formas antiguas a los problemas nuevos, preservan los principios de la libertad y de la justicia".

Esto se ha traducido en la constitucionalización e inserción en el *due process* de una serie de derechos procesales, presentes en todas las fases del proceso, desde su inicio hasta su fin, de carácter esencialmente casístico de acuerdo a las características del sistema jurídico en el que ha sido desarrollado, pero que a docuina y jurisprudencia con grandes dificultades han tratado progresivamente de ir individualizando.

Estos rasgos de la garantía del *debido proceso* fueron tenidos en cuenta por los redactores de la norma que la recoge en nuestra Constitución, dejando constancia que al exigir al legislador la elaboración de un "racional y justo procedimiento", se estaban refiriendo a un conjunto extenso de garantías, cuya determinación ni siquiera quisieron intentar, pretendiendo dejar un amplio espacio -en sus conceptos- a la ley para su determinación.

Sin embargo, esta última idea de los redactores, como hemos dicho, es equivocada, porque tal cual hemos venido explicando, el contenido de las garantías constitucionales se impone de suyo al propio legislador, de modo que éste no es nunca libre para determinar su amplitud, lo que queda siempre entregado en último término al juez constitucional o internacional de los derechos humanos.

De todos modos, los miembros de la Comisión redactora de la Constitución dejaron dicho en Actas que entendían que las garantías mínimas del *justo proceso* eran a lo menos la de permitir un oportuno conocimiento de la acción, una adecuada defensa y la producción de la prueba que corresponde. Lamentablemente se trata de aspectos demasiado elementales, sin los cuales siquiera podría tener lugar algo que pudiese denominarse proceso, como para pensar que esa podría ser la extensión de la garantía, de modo que, en definitiva, la voluntad conocida de los redactores de la norma constitucional chilena que la contiene poco aporta para la implementación práctica de la garantía.

Consciente probablemente de este problema, uno de los profesores que a la sazón era miembro de la referida Comisión, don Enrique Evans de la Cuadra, ha elaborado posteriormente a mi-

vel doctrinal un catalogo bastante más amplio de elementos que el concepto comprendería "el derecho a un racional y justo procedimiento" y que serían los siguientes: "1. Notificación y audiencia del afectado, pudiéndose proceder en su rebeldía si no comparece una vez notificado; 2. Presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen; 3. Sentencia dictada en un plazo razonable; 4. Sentencia dictada por un tribunal u órgano imparcial y objetivo; 5. Posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia igualmente imparcial y objetiva". Este intento de determinar el contenido del derecho al debido proceso debe ser tomado con muchas reservas comenzando por su pretensión de exhaustividad, con respecto al sentido mismo de la garantía. Y en cuanto a los aspectos que se señalan como protegidos, los hay que se encuentran comprendidos en otras garantías más específicas, como es el caso del derecho a la prueba y a la notificación, que se encuentran incluidos en el derecho de defensa y, por su parte, la revisión judicial no es admitida en ningún ordenamiento con carácter general, salvo en materia penal por lo previsto del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que mal podría considerársela incluida en nuestro país en el derecho al debido proceso, teniendo presente que siempre hemos contado con procedimientos de única instancia.

13. Carácter general y subsidiario de la garantía del justo o debido proceso

En resumen, la garantía del debido proceso tiene un amplio contenido, que no es posible circunscribir o limitar taxativamente a propios sino que constituyendo fundamentalmente una garantía de justicia en la tramitación de un proceso, entrega a los propios jueces la facultad de determinar en el caso concreto si se ha respetado, es decir si la tramitación del juicio ha sido justa.

Por lo tanto, es una garantía de la mayor amplitud posible, que permite corregir toda desviación procesal, no sólo atribuida al propio juez de la causa, sino que también al legislador, en este caso a través del mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes. Tanto es así que normas procedimentales establecidas a nivel legal, reglamentario o incluso de autos o decretos, que aparentemente no tienen ninguna importancia, llegando el caso pueden transformarse en obstáculos para considerar justa la tramitación de un proceso y por lo tanto conside-

narase atentatorios contra este derecho fundamental al debido proceso.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha decidido que imponer exigencias no contempladas ni en la ley ni en disposiciones reglamentarias significa alterar, en un caso particular para el presente, su derecho a un justo y racional procedimiento para el recurso de amparo ha predeterminado y que la Constitución reconoce y asegura. Asimismo, tratando de desentrañar el sentido de la expresión "racional y justo procedimiento", ha puesto el acento en las voces "justo" y "racional", llegando a la acertada conclusión de que se trata de conceptos genéricos, por lo que en vez de una enumeración taxativa de los elementos que lo componen es necesario, respetando el criterio de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, determinarlos casuísticamente.

Por su parte, el Tribunal Constitucional resolvió que "La norma que autoriza al Director del Servicio Electoral para cancelar una inscripción por haberse practicado en contravención a la ley es inconstitucional si no asegura al afectado un racional y justo procedimiento para reclamar su cancelación. Y en la especie, al no contemplar, entre otras garantías, ni el emplazamiento a la persona respectiva, ni la oportunidad para defenderse ni tampoco la posibilidad de deducir recurso alguno ante otra autoridad para reclamar una eventual cancelación indebida, se afecta dicha garantía."¹⁵

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago ha extendido abiertamente la garantía del proceso debido a los procedimientos administrativos, al resolver que se vulnera el debido procedimiento, en un juicio sobre ética profesional, si en un sumario se actuó sin la debida prudencia e imparcialidad, omitiéndose diligencias importantes, con las cuales podría haberse llegado a otras conclusiones.¹⁶

En definitiva, la garantía del debido proceso es la más amplia de todas las consagradas en nuestra Constitución, pues permite reprochar de inconstitucionalidad cualquier procedimiento o

¹⁵ Sentencia de 8 de septiembre de 1986, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 83, Sección 6ª, p. 93.

¹⁶ Sentencia de 8 de abril de 1988, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 85, Sección 5ª, p. 44.

aspecto del mismo establecido por el legislador o proceso tramitado por el juez, en el que se hayan violentado los elementos esenciales que permiten calificar de justo un juicio y puede aplicarse, ya sea a título de mayor abundamiento dado su carácter general y subsidiario respecto a otras garantías del sistema procesal chileno, o bien, para calificar cualquier otra exigencia procesal aunque se haya establecido sólo a nivel legal.

La garantía de debido proceso presidirá por cierto la aplicación del nuevo proceso penal, desde su inicio hasta la ejecución completa de la sentencia. A partir del art. 1º del nuevo Código Procesal Penal y de muchos de sus siguientes preceptos, quedará la intención de conseguir procesos respetuosos de estos cánones internacionales.

Hacemos notar que la justicia—equidad o rectitud si se quiere— en la tramitación del proceso no tiene nada que ver con la justicia o injusticia—lo que, por lo demás, siempre será una apreciación subjetiva del litigante— que se achaque a la resolución que se dicte a consecuencia de ese juicio.

Cabe hacer presente que, de acuerdo a lo señalado al inicio de este trabajo sobre la extensión de estas garantías, la del debido proceso también alcanza a los actos de persecución penal y de preparación del juicio oral, aunque no estén a cargo de un juez, sino de otras agencias públicas, como son el Ministerio Público y las policías, en cuantito tales actuaciones impondrán restricciones a los derechos fundamentales de las personas por parte de agentes estatales encargados de la persecución penal, tales como a la libertad personal, el secreto en las comunicaciones, etc.

EL DEBIDO PROCESO CIVIL

Andrés Bordabé S.*

I. INTRODUCCION

La inclusión de reglas procesales en actos normativos de carácter constitucional tiene en la tradición del derecho continental una existencia relativamente reciente (diversamente del mundo anglosajón ligado a las experiencias históricas de la Carta Magna, del *Magna Corpus* y de los *Bill of Rights*). En este sentido, la generalidad de las Constituciones continentales, hasta antes de la primera mitad del siglo XX, no advirtieron la necesidad de incluir en el catálogo de derechos fundamentales, junto a las garantías sustanciales de libertad de los ciudadanos, algunas garantías específicas de contenido procesal. Sin embargo, luego del término de la Segunda Guerra Mundial, las Constituciones europeas establecieron con propiedad un Estado Constitucional de Derecho, incorporando, entre otras cosas, específicas garantías procesales como derechos fundamentales de los ciudadanos. En nuestro caso, la Constitución de 1980 (en adelante CPR) estableció paramente algunas de esas garantías procesales, pero el retorno a la democracia¹ en 1990

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Valladolid. Profesor de Derecho Procesal, Universidad Austral de Chile.

¹ La íntima relación entre las formas procesales y un sistema político democrático respetuoso de las libertades y derechos de las personas ya fue destacada magistralmente hace medio siglo por Piero Calamandrei. Al respecto, véase CALAMANDREI, P., *Proceso e democrazia*, Cedam, Padova, 1954, *passim*.