

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 eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

01-0466465
E
UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

342.83
5471cd
2003
C.2

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



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 del *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, queda clara 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 cuanto tales actuaciones importarán 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.

Andrés Bordalí 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 *Habeas 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 parcamente 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., *Processo e democrazia*, Cedam, Padova, 1954, *passim*.

ha significado imprimirle voluntad política a ese reconocimiento,² lo que se ha traducido en una mayor concreción y profundización en dichas garantías.

En todo caso, no hay que entender este fenómeno como una constitucionalización en sentido meramente formal. Por el contrario, debemos apreciar en él una opción cultural, un posicionamiento ideológico que mira a consagrar establemente determinados principios (o ideas cardinales) del proceso que están destinadas a condicionar la credibilidad y la aceptabilidad de las formas de tutela jurisdiccional y de las estructuras procesales.³ La idea que el proceso es pura regulación técnica neutral y que sólo cabría predicar la justicia o bondad de la decisión judicial final, debe ser superada. La justicia de la decisión final está necesariamente ligada a la justicia de la actividad procesal. Pero tampoco nos basta la mera justicia procedimental,⁴ sino que hay que considerar también la justicia en la aplicación del derecho sustancial. Esos dos extremos debemos exigir de la actuación de nuestros tribunales de justicia.

Y en esta revolución de las garantías procesales que se ha estado produciendo en nuestro país este último tiempo, el proceso civil no puede quedar al margen de criterios razonables de actuación jurisdiccional. En este sentido, con el correr del tiempo, al igual como ha sucedido en los países de nuestro entorno, con bastante probabilidad seremos testigos de reformas legales o ya de interpretaciones constitucionales que intentarán acomodar

² Pienso sobre todo en la celebración y promulgación por los gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia de tratados internacionales sobre derechos fundamentales.

³ Cfr. TROCKER, N. "Il valore costituzionale del 'giusto processo'", en *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Civinini, M. G. / Verardi, C. M. (eds.), Franco Angeli, Milán, 2001, p. 43.

⁴ Como lo expresa LUIGI PAOLO COMOGLIO, el *due process of law*, es decir, la raíz histórica y anglosajona de nuestro "proceso justo", viene a significar —simplificadamente— un mero *fair play* procesal. Pero en este correcto juego procesal, o en esta "justicia procedimental", no es determinante la calidad o la naturaleza del resultado o de los efectos obtenibles al término del proceso, sino que lo que cuenta es sobre todo la calidad y la naturaleza del modo a través del cual sea posible obtener aquel resultado y aquellos efectos, con el pronunciamiento jurisdiccional. Cfr. COMOGLIO, L. P., "Il 'giusto processo' civile nella dimensione comparatistica", en *Rivista di Diritto Processuale*, año LVII (segunda serie) N° 3, julio-septiembre 2002, p. 725.

dar las normas procesales civiles a cánones de justicia o racionalidad por los que encauzar la actividad enjuiciadora estatal; en definitiva, a un debido o justo proceso.

Imbuido de esta nueva concepción garantista del proceso, y consciente o no el legislador chileno de una eventual opción, ha hecho bien en todo caso en darle prioridad a la modernización del proceso penal, antes que al civil, puesto que en el viejo sistema de enjuiciamiento criminal figuraba fuertemente amenazada la libertad personal y la dignidad de los ciudadanos, además de propender a un sistema de enjuiciamiento engorroso, oscuro, antieconómico y con visos de corrupción. Por el contrario, en el proceso civil lo que se encuentra en juego son fundamentalmente la propiedad y los contratos,⁵ de modo tal que no siempre el objeto litigioso corresponde a derechos fundamentales —para mí el derecho de propiedad es un derecho patrimonial, pero no derecho fundamental—,⁶ o bien, de corresponder a derechos de este tipo, su vulneración por una justicia lenta o parcial no tendrá el mismo impacto como cuando se priva cautelarmente a una persona inocente de su libertad o se le condena a una pena privativa de libertad o de otro tipo, sin una real posibilidad de defenderse. Como sea, imperativos de mejor tutela estatal de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos, lo que puede tener implicaciones también para el conjunto del sistema social y económico, exigen adecuar el enjuiciamiento civil a cánones de racionalidad y justicia, constitucionalmente prescritos.

Sobre los contenidos de un debido proceso civil en el derecho chileno trataré en las páginas que siguen. En todo caso, he de advertir que consideraré al proceso civil en términos amplios, es decir, como todo proceso que no tenga por fin el ejercicio del ius puniendi estatal, de modo tal que en él se encontrarían

↳ Considera como civil todo lo que no es ejercicio del ius puniendi

⁵ Aunque a la inicial tutela de la propiedad y los contratos se le han ido agregando al proceso civil otros temas de mayor contenido social, como la protección de la familia, la tutela de los consumidores, del medio ambiente, la libre competencia, etcétera.

⁶ Para una distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales véase FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 47 y ss.

comprendidos particularmente, y sin pretender exhaustividad, procesos como los regulados en el Código de Procedimiento Civil, el laboral, el tributario, y aquel predispuesto para la defensa de los derechos fundamentales, como el recurso de protección,⁷ entre otros posibles de considerar.

Por otra parte, las líneas que desarrollaré a continuación corresponden principalmente a un análisis de *lege ferenda* o, si se quiere, de política legislativa. Es decir, en aquellos casos en que se concluya que nuestra legislación procesal civil no se ajusta a los cánones de un "debido proceso", la principal consecuencia de ello estaría en sugerir con tal razonamiento al Congreso Nacional que dicte las leyes modificatorias o las nuevas que sean necesarias a fin de respetar la exigencia constitucional de la respuesta procesal. Sin embargo, por tratarse en este caso de los contenidos de un derecho fundamental, no se excluye, en un análisis dogmático, proponer la utilización de las vías jurisdiccionales de tutela que correspondan, como podría ser: a) la interposición de un recurso de inaplicabilidad contra determinado precepto legal, o su inaplicación de oficio por la Corte Suprema; b) la interposición de un recurso de protección, en el entendido que el artículo 20 CPR ampararía los contenidos aquí expuestos, y c) la interpretación de las normas procesales de conformidad con la Constitución, que el artículo 6º CPR exigiría realizar a todos los jueces de la República.

Dicho lo anterior, procederé entonces a (I) esbozar los diferentes derechos fundamentales que tienen los ciudadanos respecto de la potestad jurisdiccional, en concreto, un derecho de acción o a la tutela judicial, y un derecho a un debido proceso, y (II) los contenidos de un debido proceso civil de acuerdo con el sistema constitucional chileno, con especial referencia a: 1. La regulación del proceso por ley; 2. La imparcialidad del juzga-

⁷ Aunque cabría la posibilidad de considerar al recurso de protección como un *tertium genus* de proceso, diferente del penal y del civil. La entidad de los derechos a tutelar —derechos fundamentales— y las mayores facultades de dirección material y procesal de los jueces que conocen de este proceso, tal como figura reglado en el auto acordado de la Corte Suprema que regula el procedimiento de protección, podrían aconsejar la denominación de proceso constitucional para el recurso de protección.

dor; 3. El derecho de defensa, y 4. La duración razonable del proceso. Finalmente (III), indicaré algunas conclusiones de la investigación.

II. DERECHOS DE LOS CIUDADANOS FRENTE A LA POTESTAD JURISDICCIONAL: LA ACCION Y EL DEBIDO PROCESO

Respecto de la potestad jurisdiccional, los ciudadanos tienen reconocidos dos derechos fundamentales: la acción⁸ o derecho a la tutela judicial, y un derecho a un debido proceso o proceso justo.

Mediante el derecho de acción, los ciudadanos pueden acceder al órgano jurisdiccional para deducir una pretensión, obligándolo a dar una respuesta según derecho,⁹ ya sea de contenido

⁸ Para un estudio más detenido del derecho de acción en el derecho chileno, remito a BORDALÍ, A., "El derecho fundamental de acción: un intento de configuración en el orden constitucional chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo XCVII- Nº 3, 2000. Debo advertir que en ese trabajo sigo la posición mayoritaria del derecho español, tanto en su doctrina como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de incluir la motivación de las resoluciones judiciales como componente del derecho a la tutela judicial, es decir, en el artículo 24.1 CE. Sin embargo, en el actual trabajo llego a la conclusión que la motivación de las resoluciones judiciales puede quedar mejor comprendida en el modo como los tribunales deben dar la respuesta judicial, es decir, dentro del derecho a un debido proceso —art. 24.2 CE—. Y todo ello dentro de un purismo analítico, porque en la dinámica procesal la respuesta jurisdiccional no puede darse sino acatando estrictamente el debido proceso.

⁹ En el derecho español, se ha entendido por un sector importante de la doctrina, y por una casi constante posición del Tribunal Constitucional, que el derecho a la tutela judicial comprende —entre otros extremos— además de la respuesta judicial según derecho, que ésta esté debidamente motivada. Sin embargo, otro sector de la doctrina señala que lo que exige el derecho de acción o a la tutela judicial es sólo una respuesta del órgano jurisdiccional según derecho, porque la motivación fáctica y jurídica de la sentencia es ya una exigencia del derecho a un debido proceso, es decir, del artículo 24.2 de la Constitución española (que consagrará un derecho a un debido proceso), y no del 24.1 de la misma (que reconocería un derecho a la tutela judicial efectiva). Para la opinión mayoritaria del Tribunal Constitucional español en este aspecto, véase el trabajo de PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1997, pp. 60 y ss. Para una crítica de la posición del Tribunal Constitucional español que ubica la motivación de las resoluciones judiciales dentro del derecho a la tutela judicial efectiva y no dentro del debido proceso, véase PEDRAZ, E., *Derecho procesal penal*. Tomo I. *Principios de derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2000, pp. 364 y ss.

meramente procesal (como podría ser el archivo o la inadmisión de la demanda si no concurren determinados presupuestos procesales), o ya sobre el fondo de la pretensión deducida (si concurren los presupuestos procesales). Prohibida la autotutela, y reconocidos por el sistema jurídico unos determinados derechos subjetivos e intereses legítimos,¹⁰ se debe por tanto garantizar un derecho a los ciudadanos que les permita acceder a los tribunales de justicia para solicitar tutela a esos derechos e intereses legítimos, puesto que de lo contrario la atribución de un derecho subjetivo o de un interés legítimo sustancial, impedido de tutela estatal, no pasaría de ser un mero *flatus vocis* del legislador.¹¹ Obviamente, la respuesta del tribunal no tiene por qué ser necesariamente afirmativa, sino que el juez debe proveer de acuerdo a lo que la ley exija y dentro de los límites que le impone la congruencia.¹² Dicho de otro modo, la acción no comprende el derecho a obtener una sentencia favorable a la pretensión deducida, sino sólo una sentencia que aplique el derecho al caso sometido a su decisión.¹³ Este derecho estaría reconocido en el artículo 19 N° 3 inc. 1° CPR, así como, en relación con el artículo 5° CPR, por los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁰ La figura de los intereses legítimos no es utilizada por nuestra legislación, tal como sí lo hace el artículo 24.1 de la Constitución italiana y, asimismo, el 24.1 de la española. Sin embargo, la doctrina civilista chilena ocupa esta categoría en materia de responsabilidad extracontractual, situación que causa cierta sorpresa, ya que este término provino inicialmente del Derecho Administrativo italiano, y luego fue ampliando su radio de acción a otras esferas del Derecho Público, y sólo de un modo muy marginal, a la esfera jurídica privada. Sobre el uso del término interés legítimo en el Derecho Civil chileno, véase ALESSANDRI, A., *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago de Chile, 1943, p. 212; DÍAZ, J. L., *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, 1997, pp. 19 y ss.; CORRAL, H., "Daño ambiental y responsabilidad civil del empresario en la Ley de Bases del Medio Ambiente", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, N° 1, p. 153.

¹¹ Cfr. BOVE, M., "art. 111 cost. e 'giusto processo civile'", en *Rivista di Diritto Processuale*, año LVII (2ª serie) - N° 2, abril-junio 2002, p. 482.

¹² Cfr. PEDRAZ, E., *Derecho procesal penal*. Tomo I. *Principios de derecho procesal penal*, op. cit., p. 31.

¹³ Asumo así una posición del derecho de acción más cercana a la teoría abstracta que a la concreta.

Pero junto con garantizar ese acceso a los tribunales y a obtener un pronunciamiento jurisdiccional, se les reconoce a los ciudadanos otro derecho fundamental que dice relación con la actividad jurisdiccional necesaria para obtener ese pronunciamiento, es decir, se les garantiza además un determinado modo de actuación del órgano jurisdiccional. La actividad que se desenvuelve por y ante el órgano jurisdiccional, desde el momento en que es incoada por un ciudadano (*nemo iudex sine actore*), debe desarrollarse de acuerdo a ciertos criterios racionales o justos, es decir, debe prestarse en virtud de un debido o justo proceso. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 19 N° 3 inc. 5° CPR, como asimismo en los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El derecho de acción permite a todos los ciudadanos acceder y proveerse de la actividad jurisdiccional, pero el derecho al debido proceso les garantiza que la respuesta judicial será el fruto de una actividad que respete ciertos requisitos o principios del andar procesal que permitan legitimar de un mejor modo la justicia de la decisión judicial.

Sin embargo, también podría señalarse que lo justo, equitativo o debido no agregaría nada al concepto de proceso, porque éste —hoy en día y según concepción de la doctrina— *per se* es justo. Dicho de otro modo, quizás bastaría con que la Constitución garantizara a todos los ciudadanos que la actuación jurisdiccional o que la tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos que debe dar el órgano jurisdiccional presuponga un proceso, puesto que éste deberá reunir unos requisitos mínimos sin los cuales no será considerado como tal. Estos principios mínimos o comunes arrancan de la idea que el proceso es un *actus trium personarum*,¹⁴ es decir, que frente a un tercero imparcial comparecen dos partes parciales en términos de dualidad, contradicción e igualdad.¹⁵ Sin embargo, si bien se puede aceptar el argumento antes esbozado,

¹⁴ Cfr. CALAMANDREI, P., *Processo e democrazia*, op. cit., p. 123.

¹⁵ Cfr. MONTERO AROCA, J. et al., *Derecho jurisdiccional*, I, *Parte general*, 9ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 318; ESPARZA, I., *El principio del proceso debido*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, pp. 29 y ss.

con lo que habría que concluir que la exigencia del proceso como modo de actuación jurisdiccional es una garantía en sí misma, el debido proceso, como derecho fundamental, arrancando de esos principios comunes o inherentes al proceso, especificaría mejor el ámbito de la garantía, pero también agregaría otras que no pueden entenderse simplemente incluidas en el concepto de proceso. Pensemos tan sólo en la garantía de un proceso sin dilaciones indebidas o dentro de un plazo razonable, que forma parte del más genérico derecho a un debido proceso.

De acuerdo con lo expuesto, el derecho a un debido proceso habrá de entenderse como una garantía consistente en que el legislador deberá regular la actuación jurisdiccional por medio de un proceso, lo que supone por definición enfrentar a dos partes parciales en términos de dualidad, contradicción e igualdad, frente a un tercero imparcial, como debe ser el juez estatal. A ello habrá de agregarse por el legislador unas garantías específicas que hacen de ese proceso un proceso justo o debido, como ocurre con el derecho a un juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho de defensa, que incluye los actos de comunicación y derecho de audiencia, la asistencia letrada, la utilización de los medios de prueba, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a un proceso público, el derecho a los recursos, entre otros contenidos.

Ahora bien, sin perjuicio del intento que se ha hecho aquí de deslindar analíticamente el derecho de acción y al debido proceso, no se puede omitir que en la dinámica procesal ambos derechos necesariamente deben confluir, porque los conceptos de jurisdicción, acción y proceso son inescindibles. De este modo, quien solicita tutela jurisdiccional (acción), lo que hace es exigir al Estado que, por medio de los órganos jurisdiccionales (jurisdicción), desarrolle un proceso con todas las garantías (debido proceso) para así aplicar en definitiva la regla de derecho atingente a los derechos subjetivos o intereses legítimos afirmados y necesitados de tutela estatal.

Dejando en claro el sentido dado a un derecho a la tutela judicial y a un debido proceso y las prevenciones que dicen relación con su dinámica intelección, en el apartado siguiente procederé a analizar algunos aspectos específicos que dicen relación con un debido proceso civil en el derecho chileno.

III. EL DEBIDO PROCESO CIVIL EN EL DERECHO CHILENO

No pretenderé en las páginas que siguen determinar cuál es o cuál debe ser el debido proceso civil chileno, puesto que ello es competencia conjunta del constituyente y de los órganos jurisdiccionales que tienen por fin velar por la defensa de la Constitución y los derechos fundamentales, sino que me limitaré a resaltar algunos eventuales problemas de inconstitucionalidad que se presentarían con algunas regulaciones del proceso civil chileno.

1. LA REGULACIÓN DEL PROCESO POR LEY

La Constitución es categórica en relación con esta garantía: "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos" (art. 19 N° 3 inc. 5° CPR).¹⁶ Pero dicha disposición puede entenderse reforzada por el artículo 60 N° 20 CPR, en cuanto es materia de ley "Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico".

De este modo, entre las potestades autorizadas para crear normas jurídicas, la Constitución chilena opta por el legislador para regular la actividad jurisdiccional. Esta es la primera y quizás más básica manifestación de la garantía del debido proceso, esto es, el sometimiento del poder al principio de legalidad. El proceso en su aspecto formal, es decir, el procedimiento, debe ser una actividad ordenada por reglas, pero éstas —prescribe el "constituyente"¹⁷ chileno— no pueden emanar de cualquier autoridad, sino exclusivamente del legislador. Esto viene a significar que el ciudadano,

¹⁶ En este mismo sentido, recientemente —reforma constitucional de noviembre de 1999— el constituyente italiano modificó el artículo 111 de la Constitución estableciendo que "la jurisdicción se actúa mediante el justo proceso regulado por la ley".

¹⁷ El entrecomillado "constituyente" pretende destacar que, en términos estrictos, los redactores de la Constitución de 1980 no corresponden al concepto jurídico-político de constituyente.

en virtud de la generalidad y publicidad de la ley, podrá prever con antelación cómo será la vía para obtener tutela jurisdiccional, lo cual redundará, sin duda, en mayor seguridad jurídica para el despliegue de las distintas manifestaciones de su libertad.

Sentadas estas bases sobre el sentido de la garantía, se debe ahora analizar si ella encuentra acomodo en los procedimientos civiles predispuestos por el orden jurídico chileno para obtener tutela jurisdiccional. Ya me he referido en la introducción de este trabajo que estoy considerando al proceso civil en un sentido lato, esto es, como aquel que no es proceso penal. De este modo, resaltan a la vista dos tipos de procesos civiles que, en lo medular, no están regulados por una ley: me refiero al proceso de protección de derechos fundamentales a que se refiere el artículo 20 CPR –comúnmente denominado recurso de protección–, y el proceso incidental de inaplicabilidad a que se refiere el artículo 80 CPR –comúnmente denominado recurso de inaplicabilidad–. Y cuando digo que en lo medular no están regulados por una ley, lo digo pensando en que podría sostenerse que el reconocimiento del proceso y sus rasgos más elementales ya están en la propia Constitución –artículos 20 y 80 CPR, respectivamente–. Sin embargo, de tales normas no puede inferirse cómo se encuentran reconocidos y desarrollados los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad, que son los que dan estructura básica a la categoría jurídica del proceso. Por ello, la reglamentación de tales procesos ha correspondido a la propia Corte Suprema, la que lo ha hecho mediante dos autos acordados: para el recurso de protección, mediante el de fecha 24 de junio de 1992 y sus modificaciones, y para la inaplicabilidad, el de fecha 22 de marzo de 1932.

Se presenta aquí un contrasentido, ya que el proceso instituido para una tutela urgente de los derechos fundamentales (protección) y aquel para garantizar la observancia del principio de supremacía constitucional (inaplicabilidad) pugnan contra el mandato constitucional de fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Y la crítica en este aspecto va al Poder Legislativo antes que a la potestad jurisdiccional, ya que la Constitución de 1980 le exige al primero que regule todos los procedimientos por los cuales se desarrollará la función jurisdiccional, lo cual precisamente no ha realizado en estos casos. La Corte Suprema,

en ambas situaciones, ha venido a colmar una omisión del Legislativo, a fin de contribuir al principio de seguridad jurídica para una mejor tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Sin embargo, las razones expresadas en ambos casos por el máximo tribunal chileno para promulgar los referidos autos acordados son diversas y no enteramente compartibles.

En orden cronológico, el auto acordado de 1932, sobre substanciación del recurso de inaplicabilidad de las leyes, señala “que ni la Constitución [de 1925], ni las leyes procesales han reglamentado la tramitación a que debe someterse el recurso de inaplicabilidad [...]”, con lo cual se entiende que la Corte Suprema viene a suplir una omisión del constituyente o, en todo caso, y con más pertinencia, del legislador. Sin embargo, en el auto acordado sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales se establece que éste se dicta, entre otras razones, “teniendo presente: que la Constitución Política de la República [de 1980] no señaló la forma en que debería tramitarse la acción de protección de garantías constitucionales que consagra en su artículo 20, ni entregó expresamente a la ley su reglamentación [...]”.

En este último aspecto, discrepo con lo expresado por los ministros de la Corte Suprema que redactaron dicho auto acordado, en cuanto a que la Constitución no habría confiado a la ley la reglamentación del recurso de protección. En efecto, el artículo 19 N° 3 inc. 5° CPR señala categóricamente y en términos generales que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado, con lo cual necesariamente habrá de incluirse la sentencia de la Corte de Apelaciones respectiva que falla un recurso de protección, porque claramente, con la atribución constitucional de tutelar los derechos fundamentales cuando son privados, perturbados o amenazados por la acción u omisión de otra persona o autoridad, dicha Corte ejerce jurisdicción.¹⁸ En este sentido, no era necesario que en el artículo 20 CPR o en otra norma específica

¹⁸ No sé si la Corte Suprema estará sosteniendo, en este punto, que en el recurso de protección las Cortes de Apelaciones, como tribunales de primera instancia, y la Corte Suprema, como tribunal de segunda instancia, no ejercen jurisdicción. En efecto, algún sector de nuestra literatura y jurisprudencia ha sos-

se insistiera en lo que prescribe para toda actividad jurisdiccional la norma del artículo 19 N° 3 inc. 5° CPR: toda la actividad jurisdiccional debe estar regulada por ley, y cuando digo actividad jurisdiccional, se expresa la idea de proceso y su dimensión formal, es decir, procedimiento. Y en el propio auto acordado de 1992, los ministros de la Corte Suprema consideran que están regulando el procedimiento de protección: “[...] se ha podido advertir que es conveniente modificar ese procedimiento con el propósito de obtener una mayor expedición en su tramitación y despacho final [...]”.

No creo sea necesario insistir sobre el punto, por lo que me limitaré a concluir que los autos acordados de 1932 y 1992 regulan, respectivamente, un proceso de inaplicabilidad¹⁹ y un proceso de protección,²⁰ los que por mandato de los artículos 19 N° 3 inc. 5° y 60 N° 20 CPR deberían estar regulados por una ley.

tenido que con el recurso de protección lo que habría sería el ejercicio de una facultad conservadora, que reconoce el artículo 3° del Código Orgánico de Tribunales, como actividad conexa o complementaria a la jurisdiccional, y que apunta hacia la tutela de las garantías y derechos fundamentales. Sin embargo, aun sosteniéndose que con el recurso de protección habría el ejercicio de una facultad conservadora —concepto que en mi opinión nada agrega a la función jurisdiccional, porque ésta está siempre predispuesta a la tutela de derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos y a la concreción del Estado de Derecho—, ésta sería una expresión más de la actividad jurisdiccional, como lo ha indicado un sector de nuestra doctrina. En este sentido véase HOYOS, F., *Temas fundamentales de derecho procesal*, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, 1987, p. 73, y PEREIRA, H., *Curso de derecho procesal. Derecho procesal orgánico*, op. cit. p. 153.

¹⁹ Este auto acordado deja en claro que está regulando un proceso: “[...] se hace necesario fijarla [la tramitación] para asegurar la defensa a que tienen derechos los interesados. Al respecto acuerda: presentado el escrito, se conferirá traslado común por seis días, aumentados con el emplazamiento que corresponda según la tabla, a las demás partes en el pleito. Transcurrido el plazo antedicho, con o sin la respuesta de los interesados, se pasarán los antecedentes para que dictamine el señor Fiscal; y evacuado el trámite se pondrá la causa en tabla para su vista y fallo como los otros asuntos de que conoce el tribunal pleno”. Claramente en éste se regulan los principios de dualidad de posiciones, contradicción e igualdad de las partes, principios propios de todo proceso en un sentido “moderno”, haciéndose expresa mención al derecho de defensa, componente esencial del debido proceso.

²⁰ Sobre este punto véase BORDALÍ, A., “El proceso de protección”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. X, diciembre 1999, *passim*. A este respecto Enrique Paillas ha señalado que el recurso de protección “es un juicio que

2. LA IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR

En este apartado, me haré cargo de tres temas del Derecho Procesal chileno que dicen relación con el deber de imparcialidad del juzgador: a) el caso del juez tributario; b) situación del juez que aporta pruebas de oficio al proceso, y c) situación del juez que decreta medidas cautelares y falla luego la causa.

a. El juez tributario

El caso del juez tributario es quizás uno de los más paradigmáticos en términos de parcialidad del juzgador, puesto que claramente no se da una nítida separación de los intereses entre quien falla y quien es parte demandada.²¹ Bien sabemos que el artículo 115 del Código Tributario establece la atribución de los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos para conocer y resolver de los reclamos que los contribuyentes deduzcan por una liquidación, giro o resolución de impuesto que los afecte, o también de las infracciones a la ley tributaria que no sean sancionadas con una pena corporal. Aun más, la ley (art. 116) faculta a estos Directores Regionales para delegar estas funciones juzgadoras en otros funcionarios del Servicio, de modo que pueden obrar bajo la fórmula “por orden del Director Regional”.

Lo que hay que dejar en claro en este punto, es que los Directores Regionales de Impuestos Internos desarrollando estas funciones no desempeñan una función jurisdiccional, puesto que ésta pertenece en exclusiva a los tribunales establecidos por la ley (art. 73 CPR). Una cosa es que la ley les faculte para resol-

se sigue entre partes. Y en vez de darse un “traslado”, como es habitual en nuestro procedimiento, se pide un informe al sujeto pasivo de la acción. En esa forma se le escucha, dándole la oportunidad de que haga su defensa”. PAILLAS, E., *El recurso de protección ante el derecho comparado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 101.

²¹ Sobre este punto véase últimamente FIGUEROA, P., “El Estado de Derecho y la justicia tributaria”, en *Actualidad Jurídica*, año III, N° 5, enero 2002, p. 125, y UGALDE, R., “Reforma a la justicia tributaria”, en *Actualidad Jurídica*, año III, N° 5, enero 2002, pp. 129 y ss.

ver determinados casos, pero otra es que ejerzan jurisdicción, facultad que en mi concepto sólo pueden desarrollar aquellos tribunales estatales establecidos por la ley. Y es tribunal aquel órgano establecido por la ley que, además de llevar el nombre de tribunal o juzgado, sea efectivamente independiente e imparcial, según se desprende de la normativa de nuestra Constitución, entre otros requisitos.²² Y algunos de los mecanismos establecidos por nuestra Constitución para asegurar dicha independencia e imparcialidad consisten en el modo de elegir a los jueces, que jamás puede recaer en una sola potestad estatal, además de su inamovilidad.²³

Sin perjuicio de la íntima relación entre los conceptos de independencia e imparcialidad, y la dificultad que existe para su diferenciación, creo que es posible distinguir, al menos analíticamente, entre independencia, imparcialidad y neutralidad.²⁴ La independencia hace referencia a la dimensión estática o constitucional de la jurisdicción (potestad jurisdiccional), es decir, la esfera de actuación de los tribunales de justicia definida en la Constitución, que no debe ser allanada por nadie. Ni el Ejecutivo, ni el Congreso ni otros tribunales deben inmiscuirse, según prescripción constitucional (art. 73 CPR) y legal (art. 8º COT) en las funciones que desarrolla un juez o tribunal, como asimismo ese concreto juez o tribunal no debe interferir en la actividad del Ejecutivo, Congreso y de los otros tribunales. La imparcialidad a su vez se refiere al momento dinámico o procesal de la actuación de los tribunales de justicia (función jurisdiccional). La imparcialidad dice relación con el estricto sometimiento del

juez a la ley, es decir, que debe decidir el asunto sometido a su conocimiento y decisión no según su arbitrio u opinión personal, sino según el criterio social formalmente publicitado a través de la ley. Pero si el juez independiente ha de ser imparcial, no ha de ser necesariamente neutral, en el entendido que no tiene por qué decidir el conflicto con total desapego afectivo o ideológico de los intereses en conflicto.²⁵ El juez puede coincidir afectiva o ideológicamente con la posición de una de las partes del proceso, lo cual una sociedad libre y democrática debe tolerar, pero lo que no se puede permitir es que su voluntad o ideología prevalezca a la del mandato general expresado en la ley. Y un juez que coincide con una de las partes, es decir, que no es neutral respecto de los intereses en juego, puede perfectamente ser imparcial, si se sobrepone a su esfera subjetiva y decide según la voluntad popular plasmada democrática y jurídicamente.

Podría sostenerse que la independencia es funcional a la imparcialidad, hasta el punto de que la primera no sería un valor en sí, sino medio para asegurar la imparcialidad, que sí viene a ser el valor esencial de la función jurisdiccional.²⁶ De este modo, la exigencia de la independencia se orientaría a asegurar la imparcialidad del juez.

De acuerdo con lo expuesto, puede decirse que el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos carece de la debida imparcialidad cuando resuelve sobre un determinado caso tributario, porque carece de independencia respecto del Ejecutivo.²⁷ Y al decir que no es independiente, entonces no cumple con

²² La jurisdicción, de acuerdo con el entramado constitucional, se caracteriza porque sólo se actualiza bajo el ruego de una persona o autoridad no jurisdiccional; por medio de un proceso; aplicando el derecho objetivo a un caso concreto; con carácter irrevocable, etc.

²³ Como lo expresa Sagüés en Argentina, el mecanismo de selección de los jueces es vital a la hora de evaluar el grado de independencia de éstos, pero hay que destacar asimismo que tampoco lo es todo. En este sentido, la inamovilidad de los jueces hace tanto en pro de su independencia, como los caminos objetivos de selección. Cfr. SAGÜÉS, N. P., *Reforma judicial. Los sistemas de designación de magistrados y la Escuela Judicial en el derecho argentino y comparado*, Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 27.

²⁴ Sobre una delimitación de estos conceptos, véase PEDRAZ, E., *Derecho procesal penal*. Tomo I. *Principios de derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2000, pp. 207 y ss.

²⁵ Cfr. PEDRAZ, E., op. cit., p. 210.

²⁶ Cfr. VESCOVI, E., "La independencia de la Magistratura", en *XII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Mérida, 5 al 11 de mayo de 1990, vol. I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990, pp. 441 y ss.

²⁷ Para sostener la dependencia del Director Regional del Servicio de Impuestos Internos del Ejecutivo, se deben tener presente las siguientes disposiciones legales: El artículo 40 inc. 2º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado señala que "Los jefes superiores de servicio, con excepción de los rectores de las Instituciones de Educación Superior de carácter estatal, serán de exclusiva confianza del Presidente de la República, y para su designación deberán cumplir con los requisitos generales de ingreso a la Administración Pública, y con los que para casos especiales exigen las leyes". A su vez el Decreto con Fuerza de Ley Nº 7, de 30 de septiembre de 1980, sobre el Servicio

uno de los requisitos más básicos que debe reunir un tribunal de justicia. Y si no es un tribunal de justicia, concluiremos entonces que es un órgano de la Administración del Estado.²⁸

Llegados a este punto, habría que decir que los contribuyentes que presentan un reclamo ante los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos no son sometidos a un debido proceso, ya que los juzga un órgano administrativo no imparcial. Pero la infracción no se ve sólo en eso, sino que se ve aumentada, ya que el Código Tributario viene a infringir también el derecho de acción o a la tutela judicial, al impedir someter una cuestión que atiene a la tutela de sus derechos subjetivos o intereses legítimos a la potestad jurisdiccional.

En efecto, hay que concluir que en las materias analizadas el contribuyente tiene reconocido un recurso ante la Administración y, de conformidad al artículo 120 del Código Tributario, se le reconoce el derecho para deducir recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones que tenga competencia en el territorio de la Dirección Regional que dictó la resolución apelada. Esa resolución de la Corte de Apelaciones, cuando corresponda, podrá ser recurrida de casación en la forma y en el fondo, según prescribe el artículo 122 del Código Tributario. Es decir, en el Código Tributario, el acceso a la jurisdicción sólo se garantiza al contribuyente por vía del recurso de apelación, y no por vía principal, tal como garantiza el derecho fundamental de acción (art. 19 N° 3 inc. 1° CPR).

De este modo, para garantizar plenamente el respeto de los derechos fundamentales de acción y al debido proceso, se deben

de Impuestos Internos, en su artículo 2° establece que "este servicio depende del Ministerio de Hacienda y está constituido por la Dirección Nacional, con sede en la capital de la República, y por los Directores Regionales". A su vez, el artículo 6° expresa "un funcionario con el título de 'Director' es el Jefe Superior del Servicio; será nombrado por el Presidente de la República, siendo de su exclusiva confianza". A su vez, el artículo 18 expresa que "los Directores Regionales son las autoridades máximas del Servicio dentro de los límites de sus respectivas jurisdicciones territoriales y dependen directamente del Director". Y también hay que considerar el artículo 6° letra b) inciso final del Código Tributario, que autoriza al Director Nacional a dar instrucciones sobre cómo interpretar la normativa tributaria, lo que es obligatorio para los Directores Regionales y demás funcionarios.

²⁸ En igual sentido véase PEREIRA, H., op. cit., pp. 102 y ss.

realizar modificaciones legales que podrían ir por el siguiente camino: una primera opción podría apuntar en el sentido que dichos reclamos, en vez de ser conocidos por el propio Servicio de Impuestos Internos, sean atribuidos a un órgano jurisdiccional, quien deberá conocerlo con total apego a las exigencias de un debido proceso, y de cuya decisión se podrá reclamar ante un tribunal superior. Otra posibilidad es seguir con la competencia que hoy en día reconoce el Código Tributario a los Directores Regionales, pero entendiendo que tal actividad es administrativa y no jurisdiccional. Terminada esa vía administrativa, el contribuyente podría presentar una demanda contra el Servicio de Impuestos Internos, ante el tribunal que señale la ley, de cuya sentencia definitiva podría apelarse ante las Cortes de Apelaciones y ante la Corte Suprema, vía casación. Ambas vías respetarían los derechos de acción y al debido proceso, y corresponderá al legislador optar por una u otra, según razones de oportunidad política.

b. *Juez que aporta pruebas de oficio al proceso*

Un sector de la doctrina procesal chilena viene señalando este último tiempo que la aportación de pruebas de oficio por el juez en el proceso civil atenta contra el derecho fundamental a un debido proceso, ya que ese juez perdería su imparcialidad. De este modo, y a raíz de las denominadas medidas para mejor resolver que regula el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, BOTTO²⁹ ha dicho que siempre que se decreta una de estas medidas, es porque existiría duda en el juez de acceder a la demanda presentada por el actor, siendo que en tal situación, por aplicación del principio de presunción de inocencia, ese juez está en la obligación de rechazar la demanda. De este modo, ese juez que decreta la medida para mejor resolver en vez de rechazar la demanda, lo que hace es favorecer al actor, perdiendo así su imparcialidad. La opinión negativa a que el juez pueda aportar material probatorio, es refrendada también por otro sector de nuestra doctrina procesal,³⁰ así como corresponde a

²⁹ Cfr. BOTTO, H., *Inconstitucionalidad de las medidas para mejor resolver*, Editorial Fallos del Mes, Santiago de Chile, 2001, p. 90.

³⁰ Cfr. CAROCCA, A., en prólogo al libro de Hugo Botto, op. cit., p. 42.

una toma de posición de un sector de la doctrina italiana³¹ y española.³²

El tema de los poderes del juez y la posibilidad específica de aportar pruebas al proceso es de suyo complejo, pero intentaré aquí demostrar que, al menos en el proceso civil, no es *per se* contraria a la imparcialidad del juez y, por ende, al derecho a un debido proceso.

Los argumentos dados por BOTTO caminan por una doble vía: en primer lugar, sostiene que el juez civil no puede aportar material probatorio, porque de ese modo deja de ser un tercero imparcial, y en segundo lugar, que en materia civil rige plenamente el principio de presunción de inocencia. A continuación intentaré refutar ambos argumentos.

En relación a la posición del juez en el proceso civil, hay que arrancar necesariamente de los principios de oportunidad y dispositivo. El proceso civil sólo puede incoarse cuando un ciudadano, ejerciendo el derecho de acción, deduce una pretensión contra un tercero, a fin de que sus derechos subjetivos e intereses legítimos vengan tutelados por el Estado. Asimismo, corresponderá a las partes del proceso, activa y pasiva, aportar el material fáctico referido a su pretensión y resistencia, así como los medios de prueba legales que intentarán formar la convicción del juez. De más está decir que las partes tienen asegurado como componente de su derecho fundamental a un debido proceso, el derecho de defensa, el derecho a contradecir, y el derecho a aportar las pruebas, entre otros derechos. De este modo, la legislación procesal que negara ese derecho de defensa y ese derecho de aportar los medios de prueba violaría el derecho fundamental al debido proceso. Habría que agregar en esta apretada síntesis, que el juez no puede aportar material fáctico, ya que su función sólo se limita a fallar el caso sometido a su decisión, formando su convicción, lo que realizará comprobando la exactitud de las afirmaciones fácticas realizadas por las partes,

³¹ Vid. CIPRIANI, F., "Nel Centenario del Regolamento di Klein (il processo civile tra libertà e autorità)", en *Ideologie e modelli del processo civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1997, pp. 38 y ss.

³² Cfr. MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 120 y ss.

mediante la comparación entre los asertos efectuados y las impresiones resultantes de los diferentes medios probatorios practicados procesalmente.³³ Quedando a firme todo lo dicho, el tema será determinar si junto con las partes, el juez puede acompañar medios de prueba al proceso, a fin de formar su convicción, sin que ello implique afectar su imparcialidad.

Todo va a depender en definitiva de la concepción que se tenga de la función de la jurisdicción y, por consiguiente, del rol del juez en el proceso. Si se concibe al juez exclusivamente como un tercero que dirime los conflictos intersubjetivos que se dan entre los ciudadanos, en el que el juez aparece como un mero componedor de la litis, o ya un apaciguador de los conflictos sociales, posición típica del Estado liberal de derecho del siglo XIX,³⁴ aparece más claro que ese juez no pueda aportar material probatorio. Pero una concepción de la jurisdicción como mera vía de solución de conflictos no expresaría bien la función que debe desarrollar dicha potestad,³⁵ especialmente en una sociedad organizada como Estado social de Derecho.

La jurisdicción no es un servicio público puesto a disposición de los ciudadanos para que dirima sus conflictos privados. La jurisdicción es una potestad constitucionalmente sancionada para la realización, consolidación y creación de legalidad; es el terminal de la publicidad, esto es, última instancia colocada

³³ Sobre este aspecto, véase PEDRAZ, E., op. cit., pp. 322 y 323.

³⁴ En una concepción del Estado mínimo o del tipo *laissez-faire*, propio del siglo XIX, si surgen conflictos al interior de la sociedad, el Estado reivindicaría una posición neutral: en el medio de la tempestad y de las luchas sociales puede profesar una tranquila objetividad, debiendo intervenir lo menos posible en la forma en que los individuos gestionan su combate. El proceso en esta concepción del Estado podría ser denominado como proceso de resolución de conflictos. Vid. DAMASKA, M., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, Bolonia, 1991, pp. 138 y ss.

³⁵ El que la jurisdicción es algo más que instancia de solución de conflictos, lo confirma un amplio sector de la bibliografía: al respecto puede verse en PEDRAZ, E., "El proceso y sus alternativas", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial; "Arbitraje, mediación, conciliación", Pedraz, E. (editor), XXVII, 1995, pp. 12 y ss.; TARUFFO, M., "Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año III, N° 3, sept. 1999, pp. 779 y ss.; SILVESTRI, E., "Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año LIII, N° 1, marzo 1999, p. 328.

dentro del sistema estatal para defender y realizar los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos; la jurisdicción, también hay que decir, es instrumento de justicia;³⁶ es el último paso para la plena vigencia de la libertad individual, por lo que se dice también que toda su actividad debe estar orientada a realizar la verdad de la Primera Norma.³⁷ Conectando necesariamente la actividad jurisdiccional con el principio de legalidad y la concreción del Estado de Derecho, el orden constitucional encargará a los jueces la reafirmación y profundización de la tarea confiada al Ordenamiento Jurídico de reconstrucción de una sociedad desde el reconocimiento de derechos y efectividad de los mismos, con la consiguiente remoción de los impedimentos que obstaculicen la plena virtualidad de los derechos fundamentales.³⁸

Y esta última concepción de la función de los jueces tendrá consecuencias distintas respecto de su papel dentro del proceso. De este modo, hay que agregar que a los jueces les corresponderá por medio de la exigencia constitucional del proceso y para un caso concreto sometido a su decisión, formar su convicción acerca de la concurrencia del supuesto fáctico normativo del que deriva la consecuencia jurídica. Y en ese trabajo deberá velar por reconstruir la legalidad y, en definitiva, realizar los derechos que el Ordenamiento Jurídico le ha reconocido a los ciudadanos. Pero para ello deberá poder contar con los poderes procesales suficientes que le permitan arribar a una solución justa, lo que deberá incluir el poder de proponer pruebas que las partes no hayan agregado al proceso, o ya una complementación de las incompletas que hayan agregado éstas. Las líneas por las que debería moverse ese juez dirían que para los fines de formar la convicción necesaria, suficiente y motivada respecto de la verdad de los hechos invocados por las partes, podrá valerse de todos los medios de prueba "que a su juicio sean razonables, a condición de que no medie agravio sustan-

³⁶ Cfr. VERDE, G., "Le ideologie del processo in un recente saggio", en *Rivista di Diritto Processuale*, año LVII (segunda serie) N° 3, julio-septiembre 2002, p. 680.

³⁷ Cfr. PEDRAZ, E., *Derecho procesal penal* [...], op. cit., p. 24.

³⁸ Cfr. GARCÍA HERRERA, M. A., "Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional", en *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Andrés Ibáñez, P. (editor), Trotta, Madrid, 1996, pp. 65 y ss.

cial para el derecho de defensa; ni se configure al respecto algún comportamiento sorpresivo que, ontológicamente, por configurar una zancadilla, es incompatible con la defensa".³⁹

Lo anterior quiere decir que el juez que aporta pruebas al proceso, necesitado que está de lograr su convicción para el caso concreto, no actúa como un tercero parcial, sino que cumple con su papel diseñado institucionalmente, situación que, aun en el campo procesal penal, ha aceptado el Tribunal Constitucional español⁴⁰ y un sector de la literatura española.⁴¹ Otra cosa es que ese juez, para no vulnerar el derecho de defensa de las partes, deba darles oportunidad para: a) controvertir la pertinencia o relevancia de la prueba que se intenta introducir; b) participar en su realización; c) producir contraprueba; d) discutir acerca de la eficacia de la prueba de oficio antes de la decisión. Todo ello podría resumirse diciendo que a más facultades (o deberes o controles) del juez, mayor bilateralidad y controles de las partes.⁴²

³⁹ MORELLO, A. M., *La prueba. Tendencias modernas*, Abeledo-Perrot, segunda edición ampliada, Buenos Aires, 2001, p. 7.

⁴⁰ Véase la sentencia 188 / 2000, de 10 de julio, de dicho tribunal, que en lo pertinente señala: "[...] la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad probatoria de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes. En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2 LECrim, no puede considerarse *per se* lesiva de los derechos constitucionalmente alegados, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (art. 741 LECrim), en el ejercicio de su función jurisdiccional que le es propia (art. 117.3)".

⁴¹ Destaco en este sentido el reciente trabajo de PICÓ I JUNOY, J., "La iniciativa probatoria del juzgador penal y la imparcialidad judicial", en *XVIII jornadas iberoamericanas, XI jornadas uruguayas de Derecho Procesal, en homenaje a la escuela procesalista uruguaya*, 16 al 18 de octubre de 2002, Montevideo, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 383, donde el autor expresa que el problema no es ya el de la iniciativa probatoria del juez en el proceso, que la puede tener, sino el de los límites de ésta, para así no poner en peligro la necesaria imparcialidad judicial, la vigencia del principio acusatorio y el respeto al derecho de defensa de las partes.

⁴² Cfr. MORELLO, A. M., op. cit., p. 65.

Cosa diferente será que el modo como el juez civil chileno está legalmente facultado para introducir pruebas en el proceso –por medio de las denominadas medidas para mejor resolver– pueda ser criticado. La primera crítica que se le puede hacer a esa vía apunta a su regulación procesal, no ya dentro del término probatorio, sino un poco antes de dictar sentencia definitiva.⁴³ De otro lado, los poderes del juez no respetan en todos sus extremos el derecho de defensa de las partes, tal como se ha delineado más arriba. En este sentido, si ha de señalarse una posible vulneración del derecho al debido proceso de los justiciables con las medidas para mejor resolver, ello apuntaría más hacia la conculcación del derecho de defensa que a la supuesta parcialidad del juzgador, como se ha visto pretende un sector de nuestra doctrina.⁴⁴

En relación al segundo argumento esbozado por este sector de la doctrina, es decir, que el juez civil que aporta pruebas al proceso es parcial porque afecta al principio de presunción de inocencia del demandado, señalaré lo siguiente. En primer lugar, si bien el derecho al debido proceso rige en todos los órdenes de la actividad jurisdiccional, existen específicos componentes que sólo atañen al orden penal: uno de ellos es el principio de presunción de inocencia. En efecto, este principio, si bien también podría considerarse aplicable a la actividad administrativa en su vertiente sancionadora –según opinión del Tribunal Constitucional español–,⁴⁵ claramente incide sólo sobre el proceso penal, donde conforma una garantía del acusado frente al ejercicio del *ius puniendi* estatal, quien no precisará de comportamiento activo alguno para demostrar su inocencia.⁴⁶

⁴³ Como ha señalado Sentís Melendo, las medidas para mejor resolver no perseguirían una colaboración del juez con las partes, sino que buscarían remediar una deficiente actuación probatoria de éstas, para así no verse expuestos –en el cumplimiento del deber de *non liquet*– a dictar una sentencia injusta. Cfr. SENTÍS MELENDO, S., *El proceso civil. Estudio de la reforma procesal argentina*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, p. 153.

⁴⁴ Me refiero a la tesis de Hugo Botto, antes citada.

⁴⁵ Véanse las sentencias 3 / 1999, de 25 de enero; 177 / 1999, de 11 de octubre; 7 / 2000, de 12 de junio, 175 / 2000, de 26 de junio.

⁴⁶ Sobre este punto expresa la doctrina española: “el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 CE, resuelve en relación con el proceso penal la cuestión de la carga de la prueba al dotar al OJ [órgano jurisdiccional]

El principio de presunción de inocencia, referido como se ha indicado sólo al ámbito penal –o ya en términos más amplios, sancionador–, significa que atendida la situación en que se encuentra el ciudadano frente al poder persecutor y sancionador del Estado, y considerando que con el proceso penal se intenta afectar el derecho fundamental a la libertad personal (cuando no la vida, en aquellos países que aún no humanizan su Derecho Penal), se estima más razonable que el peso de aportar las pruebas recaiga exclusivamente sobre el Estado-acusador.

Ahora bien, y en relación a la tesis que se comenta, aun cuando se puedan fijar nítidamente unas diferencias entre el proceso penal y el civil, otra cosa es concluir que las reglas sobre la carga de la prueba no sean tan distintas en el campo penal como en el civil. En efecto, al órgano acusador le corresponderá probar que el imputado ha tenido participación punible en un determinado hecho que presenta caracteres de delito. Pero, aportados suficientes medios probatorios para acreditar tal situación, corresponderá al imputado aportar los instrumentos probatorios para justificar las eventuales circunstancias atenuantes o eximentes de responsabilidad. Asimismo, en el proceso civil, la carga de la prueba recae tanto en el actor como en el demandado.⁴⁷ De este modo, corresponderá al actor aportar los medios probatorios referidos a los hechos que fundamentan su derecho subjetivo o interés le-

de una regla que le permitirá resolver, dentro de los límites del proceso penal, la duda sobre la cuestión de hecho”. ESPARZA, I., *El principio del proceso debido*, op. cit., p. 210; “[...] la presunción de inocencia que, como garantía propia del proceso penal, se resume en la idea básica de que toda persona acusada de una infracción sancionable es inocente mientras no se pruebe lo contrario, es aplicable, más allá del mismo, a todo acto del poder público, sea administrativo o judicial, mediante el cual se castiga una conducta de las personas, definida en la ley como infractora del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, también despliega sus efectos protectores en el orden administrativo disciplinario”. PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*, op. cit. pp. 155 y 156. Para la incardinación del principio de presunción de inocencia al proceso penal, véase también MONTERO AROCA, J., et al., *Derecho jurisdiccional*, I. Parte General, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 369 y ss.

⁴⁷ El análisis de la carga de la prueba debe partir del artículo 1698 del Código Civil, que establece que “incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

gítimo afirmado en el proceso. A su vez, el demandado tiene la carga de aportar los medios probatorios referidos a los hechos extintivos, impeditivos o modificativos alegados por él y que dicen relación con el derecho o interés legítimo invocado por el actor.

Dicho de otro modo, el principio de presunción de inocencia, en cuanto regla para la carga de la prueba, no es tan distinto en uno y otro proceso. En la vía penal, viene a decir que la actividad de aportar los medios probatorios referidos a la comisión de un hecho tipificado como delito y que en él ha tenido participación el imputado, la ley la pone a cargo del órgano acusador estatal. En el proceso civil esto viene a decir que la aportación de los medios probatorios dirigidos a comprobar la existencia de un determinado derecho o interés legítimo recae sobre el actor. Pero introducidos por los sujetos activos los medios probatorios tendentes a acreditar tales circunstancias en ambos tipos de procesos, tanto el imputado como el demandado civil, respectivamente, tienen la carga de introducir los medios probatorios referidos a la exención, atenuación, extinción, impedimento o modificación de su responsabilidad u obligación.

Entonces, ¿no implica diferencia alguna la presunción de inocencia en relación a las reglas sobre la prueba respecto del proceso penal y civil? Sí la hay, pero no específicamente sobre la carga de la prueba. En efecto, producto de la experiencia histórica del proceso penal inquisitivo, donde con el tormento se quería arrancar la confesión del imputado para condenarle, se le dice hoy en día al juez que no podrá formar su convicción sobre la participación punible de un sujeto en un hecho delictivo con base en su exclusiva declaración (artículo 340 Código Procesal Penal). Dicho de otro modo, la confesión o declaración judicial por sí sola no es suficiente para condenar a un ciudadano; no es capaz de romper la "coraza protectora" de la presunción de inocencia, mientras que tal regla no existe en el proceso civil.

Establecido lo anterior, agregaré que no se puede negar que la mayor parte de la actividad probatoria recaerá, en muchos casos, sobre el actor civil, pero ello no puede llevar a aseverar que, por definición, toda la carga de la prueba recaiga sobre él, fundado en que el demandado estaría protegido por el principio de presunción de inocencia. De este modo, el juez civil podrá tener dudas tanto respecto a los hechos afirmados por el actor

como por el demandado, y si decreta una prueba bajo la modalidad de una medida para mejor resolver, no estaría afectando al demandado en su "coraza protectora" de la presunción de inocencia, ya que ni la Constitución ni la ley se la reconocen.

Y así como con la medida para mejor resolver no se afecta necesariamente al demandado y favorece por tanto al actor, ese juez no puede ser considerado por tal razón como parcial. La prueba a instancia del juez en el proceso civil puede justificarse para obtener su convicción sobre los afirmados hechos del proceso, de modo tal de poder lograr la formulación concreta de la regla de derecho, esto es, el establecimiento de la existencia de un derecho subjetivo o interés legítimo por el que un ciudadano ha solicitado tutela jurisdiccional, o ya la actuación práctica de esta regla de derecho, utilizando si es preciso la coacción.

Concluiré entonces la no afectación *per se* del derecho al debido proceso —en concreto el derecho a un juez imparcial—, con la facultad legal concedida al juez civil para aportar pruebas al proceso.⁴⁸ Sin embargo, el legislador debería regular mejor ese poder del juez civil chileno que lo autoriza a decretar medidas para mejor resolver, para hacerlo más respetuoso del derecho de defensa de ambas partes en el proceso.

c. Juez que decreta medidas cautelares y falla luego la causa

Se ha cuestionado en el derecho comparado la imparcialidad de un mismo juez que dicta una medida cautelar y luego falla la causa sobre el mérito. Pensemos entre nosotros en el juez de letras en lo civil que dicta una medida precautoria de celebrar actos y contratos y luego deberá dictar su sentencia definitiva; o la Corte de Apelaciones respectiva que antes de pronunciar su sentencia definitiva en el recurso de protección, dicta una medida cautelar de no innovar. Y el problema que se presentaría en esta situación, dice BOVE,⁴⁹ estaría dado por una eventual pér-

⁴⁸ En igual sentido véase CHIARLIONI, S., "Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile", en *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Cívini, M. G. / Verardi, C. M. (eds.), Franco Angeli, Milán, 2001, p. 32.

⁴⁹ Cfr. BOVE, M., op. cit., p. 508.

dida de imparcialidad del juez, debido a la denominada fuerza de la convicción, o bien, de aquella natural tendencia a mantener un juicio ya expresado o una actitud ya asumida en otros momentos decisionales del mismo procedimiento. ¿Será imparcial el juez que decretó una medida prejudicial precautoria o una precautoria, o una orden de no innovar, al momento de fallar la cuestión principal? Si se considera una incompatibilidad entre dictar medidas cautelares y la posterior sentencia definitiva, la solución iría por someter a jueces distintos el pronunciamiento de la medida cautelar y de la sentencia definitiva. Sin embargo, razones de orden jurídico y práctico aconsejan desear, en términos globales, tal posibilidad.⁵⁰

Entre las primeras, siguiendo una orientación que ha dado la *Corte Costituzionale* italiana,⁵¹ en realidad habría que decir que la *res iudicanda* del proceso cautelar y del principal no es la misma, ya que en el primero se trata de establecer la probabilidad de existencia del derecho (*fumus boni iuris*), mientras que la sentencia definitiva recaída en el proceso principal deberá determinar la existencia efectiva del derecho, teniendo en cuenta todas las alegaciones y pruebas rendidas a tales efectos. En todo caso, entre nosotros, la solución a este problema parece aportarla el artículo 195 N° 8 COT, que establece como causal de implicancia o pérdida de imparcialidad del juez el haber manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia. En este sentido, si un juez decreta una medida cautelar fundada en una cognición amplia de la situación sustancial tutelada, entonces el riesgo que el juicio cautelar termine por representar un prejuicio en la fase de mérito es fuerte, y el legislador debería intentar evitarlo. Así, quizás sería conveniente que el legislador prohibiera al juez del proceso "principal" decretar medidas cautelares, una vez que ya ha escuchado todas las alegaciones de las partes y ha tenido contacto con los medios probatorios aportados. En ese caso debería decretar la medida cautelar otro juez.

⁵⁰ En este sentido véase CHIARLIONI, S., op. cit., p. 32.

⁵¹ Me refiero a la sentencia de la Corte Constitucional de fecha 7 de noviembre de 1997, N° 326, publicada en *Foro Italiano*, 1998, I, 1007.

Pero si la medida cautelar se dicta antes del término probatorio, no debería hacer perder la imparcialidad del juez.

Entre las segundas, razones de simplicidad procedimental y economía procesal aconsejarían no separar la competencia del juez que dicta la medida cautelar y aquel que falla la cuestión principal.

3. EL DERECHO DE DEFENSA

En este punto, abordaré particularmente: a) la situación del recurso de protección, con la inexistencia del trámite de contestación de la demanda y de aportar las pruebas, y b) la situación que se da con la posibilidad de decretar medidas cautelares *inaudita altera pars*.

Excluiré por tanto otros aspectos que dicen relación con una eventual conculcación del derecho de defensa en nuestro ordenamiento jurídico, y específicamente, en lo referido al derecho a una defensa técnica de quienes carecen de los medios económicos para pagar los servicios de un profesional del derecho, lo que, al día de hoy, en materia civil, se realiza a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial. La doctrina nacional⁵² ha criticado en múltiples ocasiones el sistema de asesoría jurídica a quienes carecen de los medios económicos, por lo que no lo abordaré en estas páginas, pero sí quiero expresar que tal situación la considero una de las violaciones más flagrantes al debido proceso, lo que acentúa por lo demás la desigualdad de los ciudadanos en nuestra sociedad.

⁵² Para una crítica al sistema de asesoría jurídica gratuita en nuestro ordenamiento jurídico, véanse los siguientes trabajos: VARGAS, J. E. / CORREA, J., *Diagnóstico del sistema judicial chileno*, Centro de Desarrollo Jurídico Judicial, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago de Chile, 1995, pp. 156 y ss.; QUINTANA, J., "La defensa en el nuevo ordenamiento procesal penal chileno", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, número especial "La reforma procesal penal", agosto 1999, p. 149; BALMACEDA, N., "Corporaciones de Asistencia Judicial y abogados de turno: incumplimiento de una garantía constitucional", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27 N° 4 / 2000, p. 721.

a. *Recurso de protección y derecho de defensa*

Para un sector importante de la doctrina chilena, tanto constitucional como procesal, el recurso de protección no sería un proceso contradictorio, por lo que, deduzco, habría que concluir que en él no hay derecho de defensa alguno que respetar, ya que no hay contradicción entre partes.⁵³ En este sentido, ha dicho TAVOLARI⁵⁴ que no se puede reducir a la protección al nivel de un proceso contradictorio, ya que la historia fidedigna del establecimiento de la protección en la Constitución de 1980 refleja que el constituyente previó un mecanismo de tutela jurisdiccional en que la actividad del afectado se agota en el reclamo del amparo, quedando a cargo de la jurisdicción el prestarlo, provisionalmente, a través de los medios, modalidades o formas que se estimen adecuadas, sin limitaciones ni cortapisas.

En algún sentido tiene razón lo que expone el autor antes citado. No se puede olvidar el origen histórico-político del recurso de protección, que se introdujo en la Constitución de 1980, y éste no es sino el conflicto jurídico-político del gobierno del Presidente Salvador Allende con los partidos políticos de derecha y el empresariado de aquel entonces (1970-1973). Como estos últimos vieron fuertemente amenazados por aquel gobierno su derecho de propiedad, estudiaron la creación de un mecanismo judicial de competencia de un Tribunal Superior de Justicia —única instancia judicial que les daba garantías a sus derechos e intereses—, para que de manera inmediata, sin procesó, sin contradictorio, dieran protección a sus derechos amenazados, aunque siempre con la posibilidad de discutir posteriormente en un proceso de más lato conocimiento el fondo del asunto en cuestión. Es decir, se podría concluir que las personas que idearon el recurso de protección, que luego se reconoció en la Constitución de 1980, pensaron en una respuesta jurisdiccional urgente e inmediata, sin proceso ni contradictorio.

Sin embargo, ese camino propuesto no es enteramente compatible con la actuación de los tribunales de justicia en una so-

ciudad democrática,⁵⁵ como tampoco con aquellas normas constitucionales que, como veremos, obligan a todos los tribunales de justicia a dar su respuesta jurisdiccional previo el desarrollo de un proceso con todas las garantías.

Sobre este tema ya me he referido más extensamente en otras oportunidades,⁵⁶ por lo que destacaré ahora sus aspectos más relevantes, los que me llevarán a concluir que el recurso de protección comporta un proceso contradictorio —aunque dicha expresión no sea más que un pleonismo, porque el proceso es por definición contradictorio—, y como tal, deberá garantizarse el derecho de defensa de las partes involucradas. Veamos por qué.

En un plano conceptual, no es concebible la actividad jurisdiccional fuera del proceso. Toda la actividad jurisdiccional se canaliza a través del proceso, y la tarea estatal jurisdiccional específica de tutelar los derechos subjetivos e intereses legítimos de las personas se realiza, por tanto, a través del proceso. Es el proceso la institución por medio de la cual se canaliza dicha trascendental función del Estado. Más enfáticos aún, habría que de-

⁵³ El intento de suprimir el proceso y el contradictorio entre las partes aparece de cuando en cuando en la historia del proceso civil, según los pulsos políticos del momento. Uno de esos intentos es el que propuso Baumbach en la Alemania nazi ("Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit", en *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1938, pp. 583 y ss.). Con tal propuesta, el jurista alemán pretendía reemplazar la actividad judicial por la actividad administrativa vía jurisdicción voluntaria, ya que, según él, el proceso era el causante de muchos de los males de la sociedad alemana de aquel entonces. Esa lucha entre las partes que implica el contradictorio hacía prevalecer los intereses egoístas de ellas, a costa muchas veces, de la justicia y de la verdad. Para solucionar esa tan negativa lucha fratricida y el detrimento que implicaba para la administración de justicia, el juez debía ser considerado, como sucede con la policía, como un amigo de los ciudadanos, que con unos adecuados poderes procesales podría lograr la solución justa en cada caso concreto. El ciudadano ya no estaría dotado de un derecho de acción respecto del Estado, sino de una mera solicitud de decisión judicial, una especie de mera denuncia. El principio dispositivo prácticamente desaparecía, ya que el juez podía fallar más allá de las pretensiones deducidas por las partes, etc. La reacción de la doctrina procesal de aquel entonces no se dejó esperar. En este sentido, véase CALAMANDREI, P., "Abolizione del processo civile?", en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. XV. Parte I, año 1938-XVI-XVII, pp. 336 a 340. Sobre este mismo aspecto véase ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, N., *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, tomo I: números 1-11, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992, pp. 410 a 413.

⁵⁶ Vid. BORDALÍ, A., "El proceso de protección", en op. cit., *passim*.

⁵³ Cfr. ERRÁZURIZ, J. M. / OTERO, J. M., *Aspectos procesales del recurso de protección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, pp. 40 y 41.

⁵⁴ Cfr. TAVOLARI, R., "La orden de no innovar en el recurso de protección", *Justicia* 92, N° I, p. 713.

cir que no hay jurisdicción sin acción y sin proceso. Únicamente es jurisdiccional con todas las consecuencias, valor y efectos, el pronunciamiento recaído en el proceso.⁵⁷

Fuera del proceso, la declaración o la manifestación de voluntad de un juez no constituye decisión jurisdiccional. Jurisdicción y proceso son absolutamente inescindibles,⁵⁸ y así, se puede definir al proceso bien como la exigencia constitucional (art. 19 N° 3 inc. 5° CPR) por medio de la que la jurisdicción cumple las funciones que le están atribuidas constitucionalmente, bien como la exigencia constitucional puesta a disposición de todas las personas para lograr la tutela judicial a que se refiere la Constitución (art. 19 N° 3 inc. 1° CPR). En este sentido, el proceso no sería otra cosa que el desarrollo de la actividad jurisdiccional. Y en lo que nos interesa, hay que concluir que si la actividad que desarrolla la Corte de Apelaciones respectiva en la protección de los derechos fundamentales es jurisdiccional, entonces la Corte de Apelaciones sólo puede actuar por medio del proceso. Ahora bien, sin proceso también se pueden tutelar los derechos e intereses de las personas, pero esa actividad no será jurisdiccional, sino administrativa, de policía o del tipo que sea. Y no creo que pueda decirse que en dicha tarea de tutela de los derechos fundamentales las Cortes de Apelaciones desarrollan una función administrativa, de policía o de otro tipo, antes que jurisdiccional. En este sentido, me atrevo a afirmar que la tutela de los derechos de las personas es la función jurisdiccional por antonomasia.⁵⁹

⁵⁷ Cfr. PEDRAZ, E., *Derecho procesal penal* [...], op. cit., p. 29.

⁵⁸ Cfr. CERDA, C., *Iuris dictio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 228.

⁵⁹ La función de la jurisdicción como instancia de tutela de los derechos de las personas es ampliamente aceptada por un sector importante de la doctrina constitucional y procesal contemporánea. Así, véase en Latinoamérica GOZAINI, O., *Derecho procesal constitucional*, tomo I, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999, p. 45, y BARRIOS DE ANGELIS, D., *Introducción al estudio del proceso*, Depalma, 1983, p. 109; en España, GARCÍA HERRERA, M. A., "Poder Judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional", en *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, Andrés Ibáñez, A. (editor), Trotta, Madrid, 1996, pp. 65 y ss.; PEDRAZ, E., "Organización Judicial y Ministerio Fiscal", en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. VI, Valdivia, diciembre 1995, pp. 40 y ss.; en Italia REBUFFA, G., *La funzione giudiziaria*, Giappichelli, Turín, 1993, p. 159, y MANDRIOLI, C., *Corso di Diritto Processuale Civile*, I, *nozione introduttiva e disposizioni generali*, Giappichelli, Turín, 2000, pp. 9 y ss.).

Ubicándonos más allá de un plano estrictamente conceptual, para entrar ahora en un análisis normativo, habría que decir que en concepto del "constituyente" chileno de 1980, es inconcebible la actividad jurisdiccional fuera de un proceso. En efecto, la norma del artículo 19 N° 3 inc. 5° CPR expresa que "toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos".

De acuerdo con lo anterior, puede concluirse que es inconcebible la actividad jurisdiccional desarrollada sin o fuera de un proceso, y a esta concepción no escapa, a mi entender, la actividad jurisdiccional que desarrolla la Corte de Apelaciones que conoce de una demanda de protección de quien ha solicitado el amparo de un derecho fundamental necesitado de tutela. De esta manera, creo necesario concluir que la tutela de los derechos fundamentales que la Corte de Apelaciones respectiva puede otorgar en virtud del artículo 20 CPR, se realiza por medio de un proceso.

En todo caso, el "constituyente" de 1980 no especificó las modalidades del procedimiento de protección, pero se puede deducir de la norma del artículo 20 CPR que se basa en algunos principios como los de informalidad, celeridad, inquisitivo, provisionalidad, y, de acuerdo con la normativa del AA, habría que agregar el de preferencia (art. 3° inc. 2° AA).

Ahora bien, podría decirse también que, de aceptarse que el recurso de protección es un proceso, éste, en todo caso, no es contradictorio. Creo asimismo que por razones conceptuales y normativas no es posible concordar con tal aseveración. En efecto, lo que caracteriza a todo proceso es que en él figuran dos posiciones en términos de contradicción.⁶⁰ Esto vale para todo tipo de proceso o, lo que es lo mismo, para toda intervención jurisdiccional que responde al ruego —ejercicio del derecho de acción— de cualquier ciudadano. Se podría objetar lo antes expresado señalando que en la denominada jurisdicción

⁶⁰ Vid. CALAMANDREI, P., *Processo e democrazia*, Cedam, Padova, 1954, pp. 121 y ss.; ESPARZA, L., *El principio del proceso debido*, op. cit., p. 29.

voluntaria no se da tal contradicción de posiciones, pero creo que no hay tal excepción, porque tal actividad voluntaria, en mi concepto, no es propiamente jurisdiccional, sino administrativa. De este modo, se puede afirmar, sin más, que todo proceso supone dos posiciones en términos de contradicción.

Por exigencias normativas, la contrariedad del proceso de protección se deriva del propio artículo 19 N° 3 inc. 5° CPR, que exige racionalidad y justicia de toda la actividad jurisdiccional. Pero, además, el propio artículo 20 CPR expresa la dualidad de posiciones contrapuestas, a saber: 1) el titular del derecho fundamental vulnerado y 2) aquel que por un acto u omisión suyo, arbitrario o ilegal, ha causado la vulneración del derecho del primero.

Esta estructura bilateral y contradictoria que establece el texto constitucional chileno fue reconocida también por el "legislador" del proceso de protección, es decir, la propia Corte Suprema, quien en el artículo 3° del auto acordado, dispuso: "acogido a tramitación el recurso, la Corte de Apelaciones ordenará que *informe*, por la vía que estime más rápida y efectiva, *la persona o personas, funcionarios o autoridad* que según el recurso o en concepto del Tribunal son los *causantes* del acto u omisión arbitraria o ilegal, que haya podido producir privación, perturbación o amenaza del libre ejercicio de los derechos que se solicita proteger, fijándole un plazo breve y perentorio para emitir el informe, señalándole que conjuntamente con éste, el obligado en evacuarlo remitirá a la Corte todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto motivo del recurso". Luego el artículo 4° del referido AA dispone que "las personas, funcionarios u órganos del Estado afectados o recurridos, podrán *hacerse parte*⁶¹ en el recurso". A su vez, el artículo 6° del AA dispone que la sentencia que recaiga en el recurso se notificará al que lo haya deducido y "a quien se hubiere hecho parte en él". Todas estas disposiciones del AA no hacen sino confirmar la naturaleza bilateral y contradictoria que tiene el proceso de protección.⁶²

⁶¹ Lo destacado en cursiva es mío.

⁶² Véase en este mismo sentido PAILLAS, E., *El Recurso de Protección ante el derecho comparado*, op. cit., p. 101.

En este punto, agregaré que una cosa es la supresión total del contradictorio y otra, una reducción cualitativa o ya cuantitativa del mismo, que buscaría una tutela urgente y provisional de una determinada situación jurídica subjetiva. Así, por ejemplo, si se observan institutos de derecho comparado de tutela de urgencia (de derechos meramente legales o ya fundamentales), como lo es el *référé* francés, el amparo argentino y el amparo uruguayo, se puede observar que, en el primero, presentada la solicitud de tutela, el juez cita a una audiencia, debiendo asegurar que transcurra un tiempo suficiente entre la citación y la audiencia, para que la parte citada pueda preparar su defensa (arts. 485 y 486 Código de Procedimiento Civil francés); en el segundo, el "requerido" de amparo deberá proceder a informar sobre lo narrado en la demanda, y si éste o el actor hubiese ofrecido prueba, el juez deberá ordenar su inmediata producción, fijándose la audiencia respectiva, la que deberá tener lugar dentro de tercer día (arts. 8°, 9°, 10 y 11 Ley N° 16.986, de 1966); finalmente, en el amparo uruguayo, deducida la demanda, donde se acompañarán los documentos que correspondan y se indicarán los demás medios probatorios que se pretendan utilizar, el juez convocará a las partes a una audiencia pública dentro del plazo de tres días a partir de la fecha de la presentación de la demanda. En dicha audiencia se oirán las explicaciones del demandado, se recibirán las pruebas y se producirán los alegatos (art. 6° Ley N° 16.011, de 1988).

Lo que se quiere destacar con estos ejemplos de derecho comparado es que una tutela urgente de derechos meramente legales o ya fundamentales, aunque fuese prevista provisionalmente, esto es, sin perjuicio de otros procesos de más lato conocimiento que pudieren tutelar en definitiva tales derechos, tal urgencia no debe significar un atropello de los requisitos básicos del proceso y una violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, por lo que el principio del contradictorio debe afirmarse siempre en estos casos, aunque sea con caracteres mínimos.

La discusión sobre la unilateralidad o la bilateralidad del equivalente argentino de nuestro recurso de protección, es decir el amparo, se ha dado también en dicho país. En un comienzo un sector de la doctrina y la jurisprudencia argentinas, basado

en la urgencia en la tutela de los derechos, adscribió a la tesis de la unilateralidad del amparo. Sin embargo, con el correr del tiempo, el grueso de la doctrina y la jurisprudencia se plegaron hacia la tesis de la bilateralidad. Dice Sagüés⁶³ en este punto lo siguiente: "[...] la tesis de la bilateralidad se impone diáfananamente en nuestra sistemática procesal y constitucional. La celeridad en el amparo constituye por sí un principio atendible, pero no es postulado único, puesto que debe empalmar con otros de no menor envergadura (igualdad, libertad, defensa en juicio). Como en el caso de tantos valores jurídico-políticos, el ejercicio de uno de ellos se encuentra condicionado por la operatividad de los restantes, que, obviamente, deben ser también considerados. Lo contrario importaría un desequilibrio y una injusticia, como cualquier desarmonía en el plexo de los valores del derecho y de la política; sólo que en el amparo la paradoja sería mayor: So pretexto de lograr una justicia inmediata, se incurriría en una injusticia inicial, como sería el olvido del derecho a la defensa en juicio".

Todo lo anterior es sin perjuicio de que concurriendo los presupuestos de *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, proporcionalidad y, eventualmente, cautela, se podría entender que el juez puede decretar de inmediato una medida cautelar, aun sin audiencia del afectado, para tutelar un derecho necesitado de amparo estatal, dejando abierta la vía para que el afectado por esa medida impugne en ese proceso o en otro tal medida, concepción de la tutela procesal civil que hoy en día acepta un sector de la doctrina, concibiéndola como una nueva modalidad de la tutela cautelar.⁶⁴ En este caso, habría que pensar en una postergación del contradictorio para un proceso posterior, pero en ningún caso en una supresión del mismo.

¿Es esto último lo que previeron los "ideólogos" del recurso de protección? Si pudiese ser así, hay que señalar que el presu-

⁶³ SAGÜÉS, N. P., *Ley de Amparo*, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 270.

⁶⁴ Para esta concepción de la tutela cautelar civil véase: PEDRAZ, E., "El proceso cautelar en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil" (II), en *Doctrina y Jurisprudencia*, N° 36 (semana 6 al 12-XII-2000), pp. 433 y ss.; VÁSQUEZ SOTELLO, J. L., "Ejecución provisional y medidas cautelares", en *El proceso civil y su reforma*, Martín Espino, J. D. (coordinador), Colex, Madrid, 1998, pp. 502 y 503.

puesto del *periculum in mora* no siempre existe en el recurso de protección. Sin perjuicio de que pudiese existir para determinados derechos, como el derecho a la vida, honra de la persona, entre otros, lo cierto es que los demás derechos fundamentales podrían ser tutelados adecuadamente por otras vías procesales ordinarias, para lo cual bastaría instar una tutela cautelar tradicional en que lo que resuelva el órgano jurisdiccional en definitiva podrá ser cumplido suficientemente en sus propios términos. Y sin ese peligro de daño derivado de la imposibilidad de cumplir lo ordenado por el juez en sus propios términos, no nace el interés procesal que permite obtener una medida cautelar.⁶⁵ Tampoco se exigió en el recurso de protección una fianza o cautela para asegurar los eventuales daños del recurrido.

Ahora bien, pudiéndose aceptar que el recurso de protección fue ideado bajo una concepción más dinámica de la tutela cautelar, es decir, capaz de dar tutela urgente y directa o autónoma a un determinado derecho fundamental, sin audiencia de la contraparte, lo cierto es que tal como reguló la Corte Suprema el recurso de protección en el respectivo auto acordado, habría que descartar de plano tal posibilidad. En efecto, las Cortes de Apelaciones que conocen de la pretensión de protección no pueden dictar la medida de protección de inmediato, *inaudita altera pars*, es decir, sólo con base en un juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la posible violación de un determinado derecho fundamental, sino que la dictan teniendo en consideración, además de lo alegado por el actor, lo que señale el recurrido en su informe, y los medios de prueba que tanto ellos como el tribunal alleguen al proceso. Pero hay más. En el recurso de protección puede decretarse, a petición de parte o de oficio, una orden de no innovar o de suspensión, a fin de que pueda cumplirse en sus propios términos lo que resuelva esa Corte posteriormente. Esa medida, que sí es cautelar, puede decretarse *inaudita altera pars*, pero la medida de protección definitiva no. Y si en el procedimiento de protección pueden dictarse medidas cautelares (orden de no innovar o suspensión), entonces éste

⁶⁵ Cfr. ARIETA, G., *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 CPC*, Cedam, Padova, 1982, p. 46.

ya no puede ser considerado proceso cautelar, sino que será un proceso sobre el mérito, aunque sumario o sumarísimo que produce cosa juzgada formal.

De acuerdo con lo señalado, en los términos en que el “constituyente” y, fundamentalmente, la Corte Suprema en su auto acordado, consagraron el recurso de protección, obligan a considerarlo en términos contradictorios, que supone una cognición más superficial de los hechos sometidos al conocimiento de la Corte de Apelaciones, pero sin negar que existen dos posiciones contrapuestas –titular del derecho fundamental y aquel que supuestamente ha vulnerado el derecho fundamental–, y por lo tanto, que figuren dos posiciones en términos de contradicción. Por ello considero que el recurso de protección corresponde a un proceso sumario de derechos fundamentales, similar a los interdictos posesorios, que permite una respuesta rápida del órgano jurisdiccional, pero siempre dejando abierta la posibilidad de discutir en otro proceso de más lato conocimiento la cuestión de fondo.⁶⁶

El problema que se presenta con el proceso de protección radica en que el derecho a contradecir no se encuentra adecuadamente reconocido. Asimismo, el derecho a aportar los medios probatorios tampoco tiene un expreso reconocimiento. Ya el propio término informe importa una deflación del contradictorio, puesto que lo que procedería es reconocer derechamente una contestación de la demanda (sin perjuicio que eso es lo que hacen los recurridos cuando informan los recursos de protección). Asimismo, correspondería reconocer el derecho a aportar los medios probatorios a ambas partes y un momento procesal más claramente definido para introducirlos al proceso.⁶⁷

b. *Medidas cautelares decretadas inaudita altera pars* ✱

Las medidas cautelares dictadas sin escuchar previamente al sujeto que las soportará pueden ser comprendidas en una doble

⁶⁶ Una conclusión similar a ésta véase en JANA, A. / MARÍN, J. C., *Recurso de Protección y Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, 1996, pp. 86 y ss.

⁶⁷ Una crítica en un sentido similar puede verse en CAROCCA, A., “Reflexiones sobre las funciones de la Corte Suprema”, en *Ius et Praxis*, año 4 N° 1, Talca, 1998, p. 214.

dimensión: i) en una dimensión tradicional de las mismas, es decir, aquellas predispuestas para la tutela de un proceso declarativo o ejecutivo principal, y ii) aquellas que se pueden dictar para dar una tutela directa a un determinado derecho o interés legítimo necesitado de intervención protectora estatal urgente, es decir, medidas cautelares que pueden existir con prescindencia de un proceso principal. Como sea, y sin entrar a discutir en esta sede sobre esta segunda concepción del proceso cautelar, que un sector de la doctrina rechaza su naturaleza cautelar,⁶⁸ lo cierto es que en ambos casos, concurriendo los presupuestos de *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, proporcionalidad y eventualmente cautela, para lograr la eficiencia de la tutela jurisdiccional, podría idearse su pronunciamiento sin escuchar previamente al que deberá soportarlas.

Una demostración práctica de lo que aquí se afirma lo constituye la norma del artículo 302 de nuestro Código de Procedimiento Civil, que establece que “podrán, sin embargo, llevarse a efecto dichas medidas [precautorias] antes de notificarse a la persona contra quien se dictan, siempre que existan razones graves para ello y el tribunal así lo ordene. Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El tribunal podrá ampliar este plazo por motivos fundados”.

¿Estará conforme con la exigencia de un debido proceso dictar una medida cautelar sin haber desarrollado previamente un contradictorio? Hay que destacar que la finalidad de este proceder consiste en lograr efectividad de la tutela jurisdiccional, caso contrario, no tendría justificación alguna. Y es que la atenuación de las garantías del debido proceso aparece justificada en algunos casos al ponderarse con otro valor que debe encontrar acomodo en la Constitución, como lo es el de la efectivi-

⁶⁸ Véase, a este respecto, CALDERÓN, M. P., “Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares”, en *La Ley*, 1995, p. 1088; FERNÁNDEZ, M. A., *Derecho Procesal Civil*, III, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, cuarta edición, Madrid, 1997, p. 405; PEYRANO, J. W., “Las medidas cautelares en materia comercial. Nuevos horizontes de la tutela de urgencia. Noticia sobre las medidas autosatisfactivas”, en *Justicia '97*, pp. 607 y ss.; PÉREZ RAGONE, A., “Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatoria”, en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, año 2000, N° 1, pp. 172 y ss.

dad de la tutela jurisdiccional. Sin embargo, lo que hay que procurar en estos casos es que las garantías del debido proceso sólo se atenúen, sin que se supriman.⁶⁹ Y en la hipótesis que estamos analizando, no se trata de suprimir completamente el contradictorio, sino de desplazarlo para un momento posterior,⁷⁰ en pro de la efectividad de la respuesta judicial requerida por un ciudadano.

Lo anterior puede llevar a afirmar lo siguiente en relación con el contradictorio y el derecho de defensa: en una perspectiva de respetar el debido proceso, no es necesario que cada proceso se desarrolle en el contradictorio. Es suficiente que el contradictorio sea garantizado a la parte que lo pretende, lo que incluye la posibilidad de un momento posterior al pronunciamiento judicial.⁷¹

El análisis aquí propuesto debería tener cabida también en una modalidad dinámica de la tutela cautelar, o la denominada en algunos casos como tutela cautelar *autosatisfactiva*. Pongamos un ejemplo: supongamos que una persona está siendo perjudicada en su derecho a la imagen y a la vida privada, debido a que una empresa publicitaria está exhibiendo, sin su conocimiento y autorización, una fotografía suya, en diferentes lugares públicos de la ciudad (letreros comerciales, autobuses, metro, etcétera). Esa persona se está viendo afectada con la circulación pública de su imagen, y necesita que cese de inmediato. Un proceso declarativo no le es suficiente para lograr un resultado satisfactorio, por el tiempo que normalmente toma en llevarse a efecto y porque en definitiva consumará un perjuicio que se hará irreversible, de modo que lo único que le sirve es que un tribunal —si es que considera que concurren el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*—⁷² decrete de inmediato, con o sin audiencia de

⁶⁹ Cfr. PROTO PISANI, A., "Relazione conclusiva", en *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, op. cit., p. 323.

⁷⁰ Cfr. ROMERO, A., "La tutela cautelar en el proceso civil", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo XCVIII, N° 2: abril-junio 2001, p. 46.

⁷¹ Cfr. CHIARLIONI, S., "Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile", en *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, op. cit., p. 23.

⁷² Destacaré que el *fumus boni iuris* en materia de tutela de derechos fundamentales no debe comprender la probabilidad de la existencia del derecho, ya

la referida empresa publicitaria, una medida cautelar de inhibición o de cesación. Sin embargo, ese ciudadano ya no estará interesado en iniciar un proceso posterior, ya que esa orden de cesación le ha dado ya la tutela que él requería. Todo ello no obstaría, en el caso que la empresa de publicidad se sienta perjudicada con la medida, para que inicie un proceso posterior de más lato conocimiento, donde se resuelva definitivamente la cuestión debatida.

Concluiré de este modo que las medidas cautelares decretadas *inaudita altera pars* no son contrarias al derecho a un debido proceso, en la medida que en un mismo procedimiento, o en otro posterior, permitan su impugnación.

4. DURACIÓN RAZONABLE DEL PROCESO

Un último aspecto que me queda por analizar dice relación con los tiempos del proceso, para que pueda entenderse que la jurisdicción es una vía capaz de dar tutela efectiva a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. En este orden de cosas, puede entenderse que tanto el derecho fundamental de acción, como a un debido proceso, aparecen preordenados a un fin anterior, cual es el respeto y plena vigencia de la libertad y los derechos fundamentales sustanciales de los ciudadanos.

Delimitando estática o constitucionalmente el campo de desarrollo de ambos derechos fundamentales, hay que dejar en claro que el derecho de acción se respeta si se admite el acceso de un ciudadano a los tribunales deduciendo una específica pretensión, y se obtiene de ese tribunal una respuesta en derecho. El derecho a un debido proceso apunta hacia el modo o la vía procesal que se debe desarrollar para lograr ese pronunciamiento jurisdiccional, que, como sabemos, deberá arrancar de los principios de imparcialidad del juzgador y de dos partes en términos de contradicción e igualdad. Dicho esto, el derecho a un

que éste pertenece a todo sujeto por expresa atribución constitucional, y como tal no puede haber duda de su existencia. Lo que habrá de considerarse entonces en el *fumus boni iuris* es un simple análisis superficial que debe hacer el juez sobre la vulneración de ese derecho.

proceso dentro de un plazo razonable dice relación con el modo de la respuesta procesal, y de esta manera forma parte del derecho a un debido proceso. Así, por ejemplo, si debiendo dictar el juez de letras una sentencia definitiva dentro de un plazo de 60 días (art. 162 CPC), la pronuncia dentro de 5 años, dicha conducta no viola el derecho a la tutela judicial —que el ciudadano finalmente obtuvo—, sino el derecho a un debido proceso, y en concreto, a un proceso en un plazo razonable.

Tampoco se trata de dar respuestas jurisdiccionales rápidas y precipitadas, una justicia del Cadí, que puede ser el máximo de atropello para la libertad de los ciudadanos, sino de consentir el logro de una justicia razonable, término que expresa una exigencia de equilibrio en el cual sean contemplados armoniosamente, de un lado, una justicia sin retardos y, de otro, una justicia no apresurada ni sumaria.⁷³ El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas impone al legislador establecer un proceso dentro de cánones temporales razonables, como asimismo a los jueces atenerse a esos plazos establecidos por el legislador ordinario.

No digo nada nuevo al afirmar que un importante sector de la ciudadanía en nuestro país —como en la mayoría de los países de la tradición del derecho continental—, estima que la justicia, cuando llega, lo hace en forma tardía. Dicho de otro modo, la excesiva duración de los procesos civiles es vista como una mala administración de justicia, que no da respuestas en tiempos oportunos.⁷⁴ Eso ha significado que los que tienen los medios económicos suficientes recurren cada día más a instancias arbitrales, mediativas o conciliativas, antes que al proceso. Y los que no tienen los suficientes recursos económicos para acudir a vías alternativas al proceso, terminan por no acudir a la potestad jurisdiccional, porque ya no confían en ella, o terminan por someterse a sus excesivos tiempos para el caso en que aún mantengan una relativa fe en ella. ¿Parece razonable y equitativa tal situación? No lo creo. ¿Qué debería hacer entonces el legislador

procesal para paliar esta negativa realidad? ¿Qué debería hacer el legislador, además, para cumplir con el derecho que tienen los ciudadanos a una justicia dentro de un plazo razonable?

Sin pretender recetas mágicas, me limitaré a indicar dos posibles reformas a nuestra legislación procesal civil que podrían contribuir a una justicia más expedita y efectiva, y por tanto, más respetuosa de un derecho a un debido proceso: i) la introducción de la oralidad en todos los procedimientos civiles —o en la mayoría de ellos—, con sus necesarias consecuencias de concentración, inmediación y publicidad,⁷⁵ y ii) la utilización de vías procesales más rápidas, sean procesos sumarios o cautelares, que en forma urgente y siempre provisional den la debida tutela a aquellas situaciones jurídicas subjetivas que de esperar el pronunciamiento de una decisión definitiva, arriesguen un perjuicio irreparable para su titular.⁷⁶ Sobre esta última propuesta de tutelas de urgencia quiero detenerme unos instantes. Omitiré por tanto referirme a la oralidad, ya que con ocasión de la reforma procesal penal en nuestro país, se han delineado por la doctrina sus principales ventajas, en términos de celeridad, transparencia, mejor vía para formar la convicción del juez, etcétera, por lo que no creo que valga la pena insistir en esos aspectos en esta sede.

Cuando me refiero a un proceso sumario o cautelar —o suponiendo que lo sumario sea el género, entonces hablaríamos de procesos sumarios no cautelares y procesos sumarios cautelares—, lo hago en relación a procesos que, con un conocimiento muy rápido y parcial del material fáctico y probatorio (proceso sumario), o ya basado en la mera verosimilitud sobre la existencia del derecho y su vulneración, pero siempre concurriendo los presupuestos de *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, proporcionalidad y eventualmente cautela (proceso cautelar), dan una respuesta jurisdiccional bastante rápida a la pretensión deducida

⁷³ Sobre el sentido del procedimiento oral, véase MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, op. cit., pp. 149 y ss.

⁷⁶ Sobre este particular aspecto, véase PROTO PISANI, A., "Relazione conclusiva", en *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, op. cit., p. 322; TOMMASEO, F., *I provvedimenti d'urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Cedam, Padova, 1983, pp. 78 y ss.

⁷³ Cfr. TROCKER, N., op. cit., p. 48.

⁷⁴ Sobre este aspecto, véase PEÑA, C., "Informe sobre Chile", en *Situación y políticas judiciales en América Latina*, Cuadernos de análisis jurídico, Universidad Diego Portales, Santiago, 1994, pp. 348 y ss.

por un ciudadano, la que siempre podrá ser impugnada en un proceso posterior de más lato conocimiento a instancia del interesado, por lo que estas decisiones judiciales destacan siempre por su provisionalidad, al producir cosa juzgada formal.

En este sentido, por proceso sumario no pienso en el que actualmente se encuentra regulado en los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, ya que ése es un proceso declarativo especial que permite una respuesta definitiva del órgano jurisdiccional y no provisional, sino que apunto a una figura similar a los interdictos posesorios o juicios posesorios sumarios que regula el artículo 549 del Código de Procedimiento Civil, que se caracterizan por su rapidez y provisionalidad. Y por proceso cautelar no hago alusión al que regulan los artículos 290 y siguientes del mismo cuerpo legal, que no nos sirve para una tutela de urgencia de los derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos, sino a un proceso cautelar autónomo, *autosatisfactivo* o como quiera que lo podamos denominar, que permite una tutela directa del referido derecho o interés legítimo, pero sin la necesidad u obligación de instaurar el proceso de mérito o principal, que a menudo en este tipo de situaciones nada agrega al proceso cautelar y que, como demuestra la experiencia de otros países (caso de Italia), se reduce en la generalidad de los casos exclusivamente a la liquidación de las costas procesales.⁷⁷

De este modo, en la concepción de la tutela cautelar que asumo aquí, el proceso principal ya no es necesario, sino ocasional, y será instado según criterios de estricta oportunidad por aquel que ha soportado la medida cautelar, que será el interesado en iniciar un proceso posterior de más lato conocimiento donde pueda revertir lo que, con un mero fin cautelar y provisional, ha decidido previamente un tribunal de justicia. No se puede obligar al que obtuvo la medida cautelar a acudir al proceso sobre el mérito, porque al alcanzar vía proceso cautelar la satisfacción de lo pretendido, carece de todo interés en ello.⁷⁸

⁷⁷ Cfr. VERARDI, C. M., "I tempi del processo", en *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, op. cit., p. 126.

⁷⁸ Cfr. PEDRAZ, E., "El proceso cautelar en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil" (II), en *Doctrina y jurisprudencia*, N° 36 (semana 6 al 12-XII-2000), p. 437.

¿En qué casos se podría utilizar la vía de las tutelas de urgencia? Básicamente en consideración de los particulares derechos e intereses objeto de la tutela, los que aparecerían irremediablemente destinados a ser perjudicados toda vez que se les obligue a atender los tiempos de la tutela cognoscitiva con un contradictorio pleno.⁷⁹ Pienso fundamentalmente —pero no exclusivamente— en aquellos derechos subjetivos e intereses legítimos que no tengan una expresión monetaria, es decir, aquellas situaciones jurídicas de ventaja que no pueden transformarse de derechos a un determinado bien, en derechos a la indemnización. Este tipo de derechos e intereses legítimos tendrían una necesidad de tutela específica, que debe garantizar a su titular la utilidad específica que brinda el bien, esto es, todo aquello y propiamente aquello que es garantizado por el derecho sustancial.⁸⁰ Pienso en el derecho a la vida, a la salud, a vivir en un ambiente libre de contaminación, a la honra, vida privada, a la propia imagen, dignidad de la persona, y los intereses legítimos de los ciudadanos relacionados con un medio ambiente no dañado, etcétera.

Ahora bien, alguien podría decir que una tutela de urgencia de este tipo ya la otorga el recurso de protección que reconoce el artículo 20 de la Constitución de 1980. Sin embargo, sin negar tal hecho, la propuesta que formulo aquí pasa por dos tipos de consideraciones:

i) Atribuir la tutela urgente de los derechos fundamentales a los tribunales de letras, que son los tribunales de base que deben dar la primera respuesta procesal. ¿Por qué debe ser una Corte de Apelaciones y no un tribunal de letras el que debe dar esa respuesta procesal? ¿Tienen estos tribunales de letras menos dosis de jurisdicción que las Cortes de Apelaciones? ¿No tienen

⁷⁹ Cfr. COSTANTINO, G., "Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il 'giusto processo civile'. Le garanzie", en *Il nuovo articolo* [...], op. cit., p. 266. Sin embargo, este autor propone ampliar esta tutela de urgencia también en consideración de la razonable previsión que quien se encuentra en una determinada situación tiene razón, y es, por tanto, contrario a la economía procesal imponerle recorrer la vía ordinaria, siendo en vez más oportuno descargar el peso de los tiempos y de los costos procesales sobre el destinatario del pronunciamiento jurisdiccional.

⁸⁰ Cfr. PROTO PISANI, A., "La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela", en *Il Foro Italiano*, año CXV, vol. CXIII, 1990, p. 7.

el mismo deber de aplicar el derecho objetivo y tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos?

Como lo he señalado antes en este trabajo, la competencia de un tribunal superior de justicia para conocer en primera instancia del recurso de protección se justificó en su momento en que un sector político, social y económico de nuestro país, décadas atrás, vio en estos tribunales superiores de justicia un aliado político para la defensa de sus propiedades e intereses económicos, pero no debemos arrastrar ese lastre ideológico por más tiempo. Es conveniente en este sentido encomendar la tutela de urgencia de los derechos fundamentales a los tribunales de letras, quienes al encontrarse territorialmente más cercanos a los ciudadanos, son los más apropiados para dar la primera respuesta jurisdiccional. Si concurren los presupuestos del *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, proporcionalidad y, eventualmente, cautela, dicha tutela será cautelar, y aun podría decretarse *inaudita altera pars*. Si no concurren tales presupuestos, habrá de establecerse un proceso sumario que respete un contradictorio, aunque sea mínimamente. Aquel que no esté conforme con lo resuelto en esta vía podrá utilizar los recursos que le reconozca la ley, y siempre en todo caso, podrá iniciar otro proceso de cognición plena y exhaustiva, que dé una respuesta jurisdiccional definitiva.

ii) Estos mismos procedimientos u otros similares habrán de utilizarse para la tutela de aquellas situaciones jurídicas que no siendo derechos fundamentales, presenten el problema de su irreparabilidad al no obtener una respuesta jurisdiccional oportuna. Pienso en un eventual interés legítimo a vivir en una naturaleza no dañada, entre otros posibles.

Para concluir en este punto, agregaré que además de introducir la oralidad al proceso civil, parece ser que el derecho a un proceso en un plazo razonable puede ser asegurado a todos los ciudadanos introduciendo tutelas de urgencia, o dicho de otro modo, tutelas provisionales que evitan la autotutela, y que permiten una rápida respuesta del órgano jurisdiccional estatal, dejando siempre abierta la vía para una discusión más holgada en otro proceso.

IV. CONCLUSIONES

Analizado el proceso civil chileno bajo el prisma del deber ser constitucional de un debido proceso, resaltan ostensiblemente algunos aspectos de nuestra legislación procesal ordinaria que no se ajustan a ese deber ser. Es el caso de los procedimientos de inaplicabilidad y protección que, al día de hoy, se encuentran regulados por autos acordados de la Corte Suprema y no por ley, según lo ordenan los artículos 19 N° 3 inc. 5° y 60 N° 20 CPR. Por otra parte, los contribuyentes en nuestro país son juzgados por un órgano administrativo que no es imparcial (Director Regional del Servicio de Impuestos Internos), impidiéndoles también el Código Tributario un total acceso a la jurisdicción para la discusión de sus derechos y obligaciones tributarias. Pero hay más. El procedimiento del recurso de protección no garantiza plenamente el derecho de defensa de las partes, ni el derecho de aportar los medios de prueba. La ley que debería regular dicho procedimiento debería por tanto contemplar de un mejor modo la realización de la defensa en juicio. Siempre en el ámbito del derecho de defensa, la legislación debería regular de un mejor modo la introducción de pruebas de oficio por el juez, ya que el sistema actual de las medidas para mejor resolver del artículo 159 CPC no asegura suficientemente la participación de las partes y la debida contradicción. Asimismo, el derecho a la defensa técnica de quienes carecen de los suficientes recursos económicos no se encuentra suficientemente garantizado por medio del sistema actual de las Corporaciones de Asistencia Judicial. Finalmente, el proceso civil chileno debe respetar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o dentro de un plazo razonable, y para ello formulo dos tipos de propuestas legislativas: i) la introducción de la oralidad en los procesos civiles y ii) la utilización más intensiva de procesos sumarios y cautelares que, aunque siempre provisionales, permiten obtener en muchos casos una respuesta más oportuna del órgano jurisdiccional.

Sin duda que pueden haber otros aspectos por considerar en esta adecuación de nuestra legislación procesal civil a cánones de racionalidad y justicia, pero creo que los apuntados están entre los más apremiantes.