

CURSO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

PABLO CONTRERAS
CONSTANZA SALGADO
Editores

tirant lo blanch
Valencia, 2020

Copyright ® 2020

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Pablo Contreras
Constanza Salgado y otros

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1355-175-3

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Capítulo X

Debido proceso y garantías jurisdiccionales

FLAVIA CARBONELL y RAÚL LETELIER

1. INTRODUCCIÓN

El *debido proceso* se erige, actualmente, como la principal garantía de los ciudadanos frente al ejercicio de la jurisdicción. Sin embargo, ni la dogmática —particularmente constitucional y procesal— ni la jurisprudencia —especialmente la del Tribunal Constitucional (en adelante, “TC”)— han logrado determinar claramente su contenido y extensión. Esta falta de claridad atenta contra la idea misma de *garantía judicial* que se asigna al *debido proceso* e impide que produzca el efecto de constituir un mecanismo contra las eventuales ilegalidades, arbitrariedades o abusos de poder que pudieren cometerse por parte de los jueces en la ejecución de una de las potestades características del estado moderno: la jurisdicción. Una nota distintiva de la literatura sobre debido proceso en nuestro país, así como de las decisiones judiciales en que esta garantía tiene un rol relevante, es la hipertrofia o ampliación exagerada de sus contornos, que se refleja en la elaboración de listados abultados y heterogéneos de los derechos que la integrarían o de las situaciones supuestamente protegidas por la referida garantía. Del mismo modo, la ampliación del ámbito de protección de la categoría a diversas situaciones de aplicación jurídica, como sucede en el campo de la adjudicación administrativa, ha ido también eliminando la posibilidad real de acordar algunos contornos meridianamente asentados. Otra nota es la tendencia a tratar conjuntamente el debido proceso y la llamada *tutela judicial efectiva*, ya sea para luego diferenciar los elementos que componen cada una de estas garantías, para establecer relaciones de género-especie, para afirmar que operan en momentos diversos o bien, en fin, para sostener que se trata de una única y misma garantía.

Este capítulo se propone contribuir a la delimitación conceptual del *debido proceso* como garantía frente al ejercicio de la jurisdicción, bajo el presupuesto de que ello puede permitir que, realmente, tenga el efecto protector de derechos que suele asociársele, sea asegurando preventivamente su satisfacción dentro del proceso judicial, sea estableciendo mecanismos para subsanar eventuales vulneraciones de esta garantía. Para ello, un primer apartado revisará muy brevemente los orígenes históricos de esta garantía

y las discusiones que tuvieron lugar entre los redactores de la Constitución de 1980 a propósito de su incorporación. En un segundo apartado, se describirán someramente las maneras en que el TC ha considerado el debido proceso, identificando los problemas que estos enfoques acarrearán. El tercer apartado propondrá configurar el debido proceso como una garantía más acotada que la sostenida por la doctrina mayoritaria —compuesta de reglas claras y determinadas—, a la vez que más eficaz en la protección de las posiciones de las partes o intervinientes dentro de un proceso judicial, con el fin de evitar que, a través de una formulación grandilocuente, aquélla termine vaciándose de contenido y perdiendo coercibilidad y seguridad. Asimismo, se reflexionará sobre la necesidad de tener una garantía *paraguas* y sobre la importancia de considerar el debido proceso como un *principio generador de reglas*¹. El cuarto apartado enfrentará el debate sobre la transposición de la garantía del debido proceso al procedimiento administrativo.

2. ORÍGENES HISTÓRICOS DEL DEBIDO PROCESO

2.1 *Common law y due process of law*

Los orígenes de la garantía del debido proceso suelen reconducirse a la *Carta Magna Libertatum* de 1215, que emplea la expresión *lawful judgement* al disponer que ningún hombre puede ser privado de su libertad o de sus bienes, o perjudicado de cualquier otra forma, “sino en virtud de un juicio legal por sus pares y por la ley del territorio” (*the law of the land*). Un siglo más tarde, Edward III proclamaba que “ningún hombre, cualquiera sea su estado o condición, será expulsado de sus tierras o habitaciones, detenido, hecho prisionero, desheredado, o condenado a muerte sin ser emplazado conforme al debido proceso de ley”².

En Estados Unidos, se empleó el concepto *the law of the land* hasta diciembre de 1791, fecha en que se ratificaron las diez primeras enmiendas a la Constitución de Estados Unidos y, en lo que aquí interesa, la quinta enmienda dispuso que: “Ninguna persona será detenida para que responda por un delito punible con la pena de muerte, u otro delito infame, sin un auto de denuncia o acusación formulado por un Gran Jurado, salvo en los casos que se presenten en las fuerzas terrestres o navales, o en la Milicia,

¹ La expresión es del profesor López (2006).

² López (2006), p. 183.

cuando estas estén en servicio activo en tiempo de Guerra o de peligro público; tampoco podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, ni se le privará de la vida, la libertad, o la propiedad *sin el debido proceso judicial*; tampoco podrá enajenarse la propiedad privada para darle usos públicos sin una compensación justa”³.

Tal como reseña López, en sus primeras formulaciones, esta cláusula del debido proceso tenía más bien un contenido e interpretación restringidos que se traducía en el derecho a ser juzgado por la ley vigente al momento de la comisión del delito. En efecto, se encuentra separada de otras garantías procesales consagradas en la Constitución estadounidense. Así, las ocho primeras enmiendas hacen referencia a una amplia gama de garantías, la mayoría de ellas referidas al proceso penal, entre las que se encuentran el derecho a un juez imparcial, el derecho a un juicio público y expedito y el derecho a la defensa, derechos todos que se consagran en disposiciones diversas.

Ahora bien, la quinta enmienda, explica el mismo autor, es importante toda vez que ella es reiterada por la decimocuarta enmienda, de 1868, pero ahora en el nivel de los estados federados, disponiendo que “Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la misma protección de las leyes”. De esa manera, se produce la transferencia de “garantías desde el sistema federal al estatal”, a la vez que se acepta “como principio de contenido indeterminado, integrador de diversas garantías procesales (e incluso sustantivas)”. Tras esta enmienda, la Corte Suprema estadounidense se abocará a la definición de la extensión y contenido del debido proceso como aspecto crucial de la definición de los derechos fundamentales⁴.

2.2 Constituciones de 1925 y de 1980

El *locus* de la garantía del debido proceso en el texto de la Constitución de 1980 suele fijarse en algunos o todos los incisos del artículo 19 N° 3 de

³ La cursiva es agregada.

⁴ López (2006), pp. 185-186.

la Constitución. Anteriormente, los artículos 11 y 12 de la Constitución de 1925 contenían dos normas prohibitivas que tradicionalmente se entienden pertenecer a la garantía del debido proceso. Así, el artículo 11 de la Constitución de 1925 disponía: “Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una lei promulgada ántes del hecho sobre que recae el juicio”. El artículo 12, por su parte, prescribía: “Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, si no por el tribunal que le señale la lei y que se halle establecido con anterioridad por ésta”⁵. Estas disposiciones no sufrieron modificaciones con las reformas de 1970 y 1971.

El Acta Constitucional N° 3⁶, *De los derechos y deberes constitucionales*, sin embargo, derogó el Capítulo III de la Constitución de 1925, sobre garantías constitucionales, que incluía los artículos 10 al 20, y los sustituyó por los contenidos en el Acta, arguyendo “Que la amarga realidad que Chile vivió en los años previos al 11 de septiembre de 1973 ha demostrado, sin embargo, la necesidad de fortalecer y perfeccionar los derechos reconocidos en la Carta de 1925 e incorporar nuevas garantías acordes con la doctrina constitucional contemporánea y su consagración internacional” (cons. 3°). Entre estas últimas garantías, se encontraba, precisamente, “la legalidad del proceso, y el derecho a defensa” (cons. 4°).

El Acta Constitucional N° 3 prescribía lo siguiente:

“Art. 1. Los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas:

3.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas, de Orden y de Seguridad Pública, este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitraré los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos.

Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta.

Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción necesita fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legis-

⁵ Estas dos normas se encuentran consagradas de manera similar en los incisos 6° y 8°, y 5°, respectivamente, del artículo 19 N° 3 de la Constitución de 1980.

⁶ Decreto Ley N° 1.552 de 1976, Acta Constitucional N° 3, del Ministerio de Justicia.

lador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento.

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

En las causas criminales, ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.

Como puede constatarse, se trata prácticamente de los mismos incisos que los que contiene el actual artículo 19 N° 3 de la Constitución de 1980, con la diferencia que los incisos 6° y 7° del Acta se funden en uno solo en el texto original de la Constitución, y se agrega el siguiente inciso final: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Además, en el inciso 5° del artículo 1 N° 3 del Acta, se emplea la palabra “*necesita* fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”, mientras que en la Constitución se sustituye la palabra *necesita* por *debe*.

A la fecha, el texto original del artículo 19 N° 3 ha sufrido dos cambios importantes. En primer lugar, se reemplazó la frase *un racional y justo procedimiento*, por *un procedimiento y una investigación racionales y justos*, con ocasión de la separación entre las funciones de investigación y juzgamiento introducida por la reforma procesal penal⁷. En segundo lugar, se agregó en el inciso 3° del artículo 19 N° 3 la siguiente oración: “La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes”. En efecto, el proyecto de reforma constitucional tenía por finalidad, según se establece en la moción parlamentaria, consagrar constitucionalmente la obligación del estado de proporcionar defensa penal a las víctimas de delitos que no puedan procurársela por sí mismas, aunque durante la tramitación se agregó, además, el siguiente inciso 4°: “Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley”.

⁷ Ley N° 19.519 de 1997, que crea el Ministerio Público. Esta ley reforma la constitución para incorporar un capítulo sobre Ministerio Público, nuevo órgano encargado de la investigación en el proceso penal reformado que estaba ad portas de entrar en vigencia.

Las actas de las sesiones N° 101, 102 y 103 de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución (en adelante, “CENC”)⁸ debaten extensamente sobre esta garantía, registrando la historia del artículo 1 N° 3 del Acta Constitucional N° 3 y del artículo 19 N° 3 de la Constitución de 1980⁹. Tal como describe López, las actas de la CENC muestran que dicha comisión entendió que el debido proceso comprende, por una parte, múltiples garantías judiciales y, por otra, que cumple una función integradora de derechos fundamentales¹⁰. Además, y como se sabe, ninguna de estas disposiciones emplea la expresión *debido proceso*, sino que usa las expresiones *procedimiento legalmente tramitado* y *procedimiento e investigación racionales y justos* (art. 19 N° 3 inc. 6° de la Constitución).

En la sesión N° 101, se hace referencia a los problemas que traería aparejado emplear “escuetamente la expresión ‘debido proceso’”, que consistirían en “obligar al intérprete, a la jurisprudencia, a los tratadistas y a los abogados, a un estudio exhaustivo de los antecedentes [...] de la doctrina y la jurisprudencia anglosajona”. En igual sentido, otro comisionado señala que “sería bastante peligroso incorporar al texto constitucional una frase de la Constitución inglesa que está insertada en el sistema jurídico anglosajón, porque les llevaría a una serie de confusiones, tanto en la relación de los dos sistemas jurídicos como de la recta interpretación del sistema jurídico que la Comisión desea incorporar en nuestra Constitución”. Además, un tercer comisionado se pronuncia en el sentido de que “el concepto del debido proceso, es un concepto que, en primer lugar, ya está incorporado a la doctrina jurídica universal y, en segundo lugar, es un concepto cuyas precisiones pueden ir evolucionando de acuerdo con el tiempo y ser recogidas y precisadas por la jurisprudencia, de manera que se deja abierto un campo al respecto”¹¹.

⁸ Actas de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución, Tomo III, sesión N° 101, de 9 de enero de 1975, y sesiones N° 102 y 103, de 14 y 16 de enero de 1975. Disponible en: http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/actas_oficiales-r. Fecha de consulta: 4 de enero de 2020.

⁹ La referencia a esta *historia de la norma* no supone aceptar que este sea el principal y/o único argumento para dar contenido a las disposiciones constitucionales en referencia ni, menos aún, legitimar los orígenes antidemocráticos de la Constitución de 1980. El empleo del debate realizado por un grupo cerrado, en dictadura, sobre el sentido que debían tener las disposiciones constitucionales, en especial aquellas sobre garantías, no puede sino ser usado con cautela, y sin otra pretensión de servir como explicación de su redacción definitiva.

¹⁰ López (2006), p. 190.

¹¹ Actas de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución, Tomo III, sesión N° 101, de 9 de enero de 1975. Opiniones de Evans, Silva Bascuñán y Guzmán, respectivamente.

Estas son las consideraciones más importantes tenidas a la vista a la hora de la redacción de las disposiciones referidas a la garantía jurisdiccional del debido proceso. Una última cuestión, no menor, es que solo el inciso 5° del artículo 19 N° 3 (“Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta”) se encuentra dentro de los derechos protegidos por el recurso de protección del artículo 20 de la Constitución, no habiendo variado esta circunstancia desde la redacción original del texto constitucional.

3. ORIENTACIONES DESDE LA DOGMÁTICA

El panorama más actualizado sobre el debido proceso en nuestro país es un texto del profesor Pablo Contreras del año 2016¹². Junto con describirse las principales reflexiones dogmáticas, se presenta una propuesta de ordenación conceptual que identifica elementos comunes y diferencias entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso, junto con listar los derechos que estarían incorporados en cada uno de estos macro derechos o de estos “dos grandes derechos integrantes de la representación de intereses ante la justicia”¹³.

Con anterioridad a esta propuesta, Nogueira, Bordalí y Navarro, entre otros, habían efectuado sistematizaciones para definir el contenido de la garantía del debido proceso, incluyendo referencias a la jurisprudencia del TC, Corte Suprema y Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”)¹⁴. No es del caso reproducir aquí los listados propuestos por estos autores y expuestos también por García y Contreras. Baste señalar que Nogueira y Navarro presentan listados extendidos de los derechos que integrarían el debido proceso. Bordalí intenta una delimitación entre el debido proceso y la tutela judicial efectiva, sosteniendo que ésta no forma parte de aquel, ya que tienen objetos diversos y operan en momentos distintos. Así, el derecho a la tutela judicial efectiva “permite a todas las personas acceder y proveerse de la actividad jurisdiccional del Estado, mientras que el derecho al debido proceso garantiza a esas mismas personas que la respuesta jurisdiccional estatal será el fruto de una actividad que respeta

¹² Este texto, Contreras (2016), es una versión editada del artículo de García y Contreras (2013), tal como se indica en su nota al pie N° 1.

¹³ Contreras (2016), p. 203.

¹⁴ Véase Nogueira (2007); Bordalí (2011); Navarro (2013).

ciertos requisitos o principios del andar procesal que permiten legitimar de un modo adecuado la justicia de la decisión judicial”¹⁵.

La propuesta de distinción de García y Contreras se contiene en un cuadro de tres columnas, el primero de los cuales contiene elementos comunes al derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso, y las otras dos listan los derechos contenidos en cada uno de estos macro derechos. Esta caracterización supone un esfuerzo por ordenar conceptualmente el contenido y las relaciones de aquéllos. Sin embargo, y en tanto se hace de la mano de la errática jurisprudencia constitucional, no logra superar la indeterminación y extensión excesiva de la garantía del debido proceso, a más de que existen derechos listados como pertenecientes al debido proceso que parecen superponerse con la tutela judicial efectiva. En el caso del debido proceso, se incluyen trece derechos y, salvo por el último —*derecho de revisión judicial por tribunal superior*, que contiene el subderecho a la doble instancia y a la orden de no innovar—, estos no se encuentran ordenados por relación género-especie. Por otra parte, algunos del listado solo se refieren al proceso penal, en tanto que otros pareciesen ser comunes a todo tipo de proceso jurisdiccional.

Una forma diversa de abordar la definición de los contornos del debido proceso consiste en identificar sus características básicas. En este sentido, según Duce, Marín y Riego la idea de debido proceso agrupa un “conjunto de parámetros o estándares básicos que deben ser cumplidos por todo proceso para asegurar que la discusión y la determinación de los derechos que están en cuestión se haya realizado en un entorno de razonabilidad y justicia para las personas que intervienen en su desarrollo”¹⁶. Así, estos autores indican que se trata de una garantía *compleja* (integrada por múltiples manifestaciones específicas); integrada por *estándares razonables* —y no por reglas— en consideración a las circunstancias de cada caso (en relación con los demás valores del sistema); que admite *distintos grados de aplicación, proporcionales* a la importancia de la decisión que se enfrenta (por ejemplo, distintos grados de convicción del tribunal); con un *contenido que evolu-*

¹⁵ Bordalí (2011), p. 335. En cuanto a los contenidos mínimos de la tutela judicial efectiva, se indican los siguientes: “a) Derecho de acceso a la justicia; b) Derecho a que el tribunal resuelva sus pretensiones conforme a derecho; c) Derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, derecho que incluye entre sus contenidos: i) la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales (o respeto de la cosa juzgada), ii) disponer de medidas cautelares, y iii) la ejecución de las resoluciones judiciales; y finalmente, d) Derecho al recurso legalmente previsto”.

¹⁶ Duce, *et al.* (2011), p. 17.

cional (y que permite la incorporación de nuevos derechos procesales)¹⁷. Las cursivas tienen por objeto destacar los problemas de indeterminación, amplitud, falta de especificidad y orientación que una caracterización como esta no logra salvar.

4. CONFIGURACIÓN DE LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DEL DEBIDO PROCESO

La pregunta acerca de qué garantía del debido proceso debiésemos tener es, obviamente, distinta a aquella sobre qué garantía del debido proceso tenemos. La respuesta a la primera cuestión requiere una reflexión de política jurídica o de filosofía política y, por tanto, precisa asumir un enfoque normativo; la segunda es una pregunta sobre cuál es el contenido de la garantía del debido proceso a partir del material jurídico válido y vigente que rige a las personas que habitan el territorio de un estado determinado. En este segundo caso, la tarea de los juristas consiste en describir y/o en reconstruir sistemáticamente una institución jurídica. Un enfoque normativo que detecte críticas a la regulación vigente puede resultar en una propuesta de *lege ferenda*. En cualquier caso, un tal enfoque requiere, previamente, de un análisis de *lege lata* que describa o reconstruya el material jurídico pertinente, tal como se hará en lo que sigue.

La importancia de diferenciar estos dos niveles de análisis, en cualquier trabajo dogmático, puede resultar, de tan evidente, superflua. Sin embargo, el tránsito natural y muchas veces desapercibido que distintos autores y tribunales hacen entre el derecho que es y el derecho de debiese ser —también con relación al contenido del debido proceso— vuelve indispensable al menos encender esta luz de alerta.

En segundo lugar, resulta clave para la reconstrucción de la garantía del debido proceso que es, o el debido proceso que tenemos en el ordenamiento jurídico chileno, transparentar el concepto o comprensión del derecho desde la que aquella se efectúa. Una posibilidad —la más difundida en nuestra doctrina constitucional y procesal chilena— es identificar el contenido del debido proceso con aquel que, a través de definiciones y enumeración de elementos, el TC plasma en sus sentencias. Una postura como esta, que a

¹⁷ Según estos autores, el juicio oral —considerado como mecanismo eficaz de depuración de información— es un aspecto central del debido proceso. Duce, *et al.* (2011), pp. 16 y 35 y siguientes.

primera vista pudiese inscribirse dentro de los realismos jurídicos¹⁸, presenta problemas¹⁹: 1) en el caso de nuestro TC, la dispersión y confusión de sentidos es abrumadora. Baste consultar el repertorio constitucional que el propio tribunal construye, por ejemplo, a propósito del artículo 19 N° 3 inciso 6°, para reconocer que esta afirmación no es una exageración²⁰; 2) hacer simplemente equivalentes *el derecho que es y la forma en que el derecho es aplicado por los tribunales* —en especial, por este tribunal que no forma parte del poder judicial, cuyo prestigio ha estado en particular entredicho en el último tiempo y que tiene un marcado carácter político— es una visión reduccionista del derecho que, seguramente, ninguna doctrina *iusrealista* suscribiría; 3) a diferencia de otros ordenamientos jurídicos²¹, el nuestro no contiene ninguna regla que prescriba la obligatoriedad de las decisiones interpretativas del TC, es decir, no tenemos una regla de precedente vinculante²². A esta primera posibilidad se suma que la *identificación*

¹⁸ El uso del plural da cuenta de que, dentro de la familia del *iusrealismo*, existen diversas escuelas y posiciones.

¹⁹ Aquí dejamos fuera los aspectos contingentes, públicos y notorios, de deterioro en el funcionamiento y en la calidad jurídica de las decisiones que el TC ha experimentado en los últimos años.

²⁰ Véase <http://e.tribunalconstitucional.cl/repertorio/>

²¹ Por ejemplo, el español. Así, el artículo 164.1 de la Constitución española prescribe: “Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el boletín oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos”. Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español indica expresamente que el este es *intérprete supremo de la Constitución* (art. 1) e indica cuál es el valor y efecto de sus sentencias (art. 38): “Uno. Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el ‘Boletín Oficial del Estado’. Dos. Las sentencias desestimatorias dictadas en recursos de inconstitucionalidad y en conflictos en defensa de la autonomía local impedirán cualquier planteamiento ulterior de la cuestión por cualquiera de las dos vías, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional. Tres. Si se tratare de sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo comunicará inmediatamente al órgano judicial competente para la decisión del proceso. Dicho órgano notificará la sentencia constitucional a las partes. El Juez o Tribunal quedará vinculado desde que tuviere conocimiento de la sentencia constitucional y las partes desde el momento en que sean notificadas”. Véase Esparza (1994).

²² Al decir que no hay precedente vinculante, obviamente no estamos negando ni diciendo nada sobre el efecto de las decisiones que declaran la inaplicabilidad de un precepto legal en un caso concreto, ni de los efectos derogatorios generales vinculantes en el caso de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal.

del contenido del debido proceso se haga, además, a partir de las decisiones de la Corte IDH.

Alternativamente, y este es el enfoque que adoptamos y desarrollamos en lo que sigue, la reconstrucción puede hacerse: a) a partir de los textos normativos válidos y vigentes pertinentes; b) teniendo en cuenta la función de *garantía* del debido proceso frente al ejercicio de la jurisdicción; c) proponiendo una interpretación razonable de los textos normativos que contribuya a la identificación del contenido protegido por esta garantía; d) considerando el surgimiento y evolución de esta garantía en el derecho anglosajón; e) incluyendo, críticamente, las reflexiones dogmáticas referidas a la jurisprudencia constitucional e internacional sobre debido proceso.

Los textos normativos pertinentes son el artículo 19 N° 3 de la Constitución (específicamente, como se verá, algunos de sus incisos); el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, “CADH”) y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, “PIDCP”).

4.1 Sobre la noción de garantía

Antes de la propuesta de reconstrucción propiamente tal, es necesario detenernos un momento en la función de garantía del debido proceso. Ello quiere decir que no resulta indiferente, sino que por el contrario es un elemento clave, que la reconstrucción se haga teniendo a la vista esta función de garantía. Así, junto con ser clara y constituir una interpretación articulada del material normativo, la propuesta debe resultar eficaz en la protección de los ciudadanos frente al ejercicio de la potestad jurisdiccional y frente a los jueces.

No es posible referirnos aquí a todo el debate conceptual en torno a las nociones de *derechos fundamentales*, *derechos subjetivos*²³ y *garantías*²⁴. Lo que sí es importante destacar, muy escuetamente, es que, para un autor

²³ Sobre el concepto y teoría de los derechos fundamentales véase, por todos, Alexy (2007); para una desambiguación de la noción de derechos subjetivos, véase Hohfeld (2004). Para un análisis de los conceptos de derechos subjetivos, véase Arriagada (2017).

²⁴ El lenguaje garantista goza de gran popularidad, aunque algunas veces produce enunciados ininteligibles, como los que siguen: “La garantía procesal posee una conceptualización funcional. El proceso es garantía en tanto que afianza y protege, según el referente constitucional, el tráfico de los bienes litigiosos (patológicos)”;

“El proceso —de la función jurisdiccional— se caracteriza, de un lado, por su contenido sustantivo que asume la materialidad constitucional de aquí y ahora y, de otro, por la debida instru-

reconocido por impulsar el *garantismo* como lo es Ferrajoli, *garantía* es una “técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”. A su vez, *derecho subjetivo* es “toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)”. La tutela o protección podrá, por una parte, ser positiva o negativa, dependiendo de si la expectativa que se garantiza consiste en una obligación de prestación o en una prohibición de lesión, respectivamente. Por otra parte, este mismo autor distingue entre *garantías primarias o sustanciales* y *garantías secundarias o jurisdiccionales*: las primeras consisten en “las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados”; las segundas consisten en “las obligaciones, por parte de los órganos judiciales, de aplicar la sanción o de declarar la nulidad cuando se constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y, con ellos, sus correspondientes garantías primarias”. En el lenguaje más tradicional de teoría del derecho, como el mismo autor reconoce, las garantías primarias son normas/reglas primarias y las garantías secundarias son normas/reglas secundarias²⁵. Estas garantías o normas secundarias se corresponden con la obligación que tienen los jueces de *garantizar jurisdiccionalmente los derechos subjetivos*, patrimoniales o fundamentales que contempla el ordenamiento jurídico. En términos más sencillos, otros dirían que en esto consiste, precisamente, la jurisdicción: en la obligación de aplicar la ley abstracta y general al caso

mentalización a través del procedimiento de esa sustantividad garantista, alcanzándose así el debido proceso sustantivo”. Lorca (2003), pp. 545 y 553.

²⁵ Todas las citas de este párrafo en Ferrajoli (2000), p. 40. Esta última distinción se atribuye clásicamente a Hart (1997), pp. 81 y 94 y siguientes. En otro texto, Ferrajoli distingue entre garantías liberales y sociales, según el tipo de derechos que aquellas tutelan: “Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las garantías liberales, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las garantías sociales, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen. En todos los casos, el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos”. Ferrajoli (2004), p. 25. En Ferrajoli (2006), este autor profundiza en las distinciones sobre garantías constitucionales de los derechos fundamentales (en sus variantes negativas, positivas, primarias y secundarias).

concreto y particular para resolver el problema de relevancia jurídica que es puesto en la esfera de su conocimiento²⁶.

Así las cosas, las denominadas *garantías procesales* o *garantías frente al ejercicio de la jurisdicción*, son, siguiendo esta terminología, normas primarias, de carácter legal y constitucional, aplicables a procesos penales y no penales, según lo dispongan las normas pertinentes²⁷. En otras palabras, son reglas cuyos destinatarios son los jueces, que establecen la obligación de seguir las reglas procesales prefijadas por el legislador para el desarrollo del juicio. Dentro de estas *garantías procesales* se encuentra la del *debido proceso*. Por su parte, la norma secundaria —es decir, la garantía jurisdiccional *frente a infracciones del debido proceso* por parte del juez o tribunal— existirá en la medida que el sistema procesal contemple la posibilidad de impugnar y de revisar decisiones judiciales cuando se alega que se ha vulnerado aquellas reglas de tramitación del proceso²⁸.

4.2 Delimitación entre garantía de debido proceso como control de la actividad legislativa y como control judicial

Como puede extraerse de la literatura anglosajona²⁹ y de la propia formulación de la disposición constitucional del artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución —respecto de la cual todos los autores están contestes se refiere al *debido proceso*— esta *garantía* se erigiría como mecanismo de control de dos potestades del Estado moderno: la potestad legislativa y la

²⁶ Atria (2016). Una síntesis de las ideas de este libro en Carbonell (2016).

²⁷ *No penales*, significa *civiles en sentido amplio*, incluyendo aquí los procesos contencioso-administrativos. Quedan fuera de esta referencia los *procedimientos administrativos*. Véase *infra*, apartado 0.

²⁸ Por ejemplo, las causales de nulidad del juicio oral y de la sentencia contempladas en el artículo 373, letra a) (infracción sustancial de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes) y el artículo 374, letra c) del Código Procesal Penal (en adelante, “CPP”) (“cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga”), podrían considerarse como mecanismos de impugnación cuyo fundamento es el debido proceso (en el caso de esta última disposición) o en el que aquel puede ser una de las garantías lesionadas (en el caso de la primera causal). Similarmente, la causal de casación en la forma del N° 9 del artículo 768 (omisión de trámites o diligencias esenciales), en relación al artículo 795 N° 4 del Código de Procedimiento Civil (en adelante, “CPC”) (que considera como esencial la “práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión”), podría ser pensada como una causal que se funda en el respeto al derecho a la defensa en tanto elemento integrante del debido proceso.

²⁹ Por todos, Williams (2010).

potestad jurisdiccional. El texto reza así: “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”. Desde el punto de vista sintáctico y semántico, es indiscutible que la primera frase de este inciso se dirige al juez: al juez le está vedado dictar sentencias que no sean el resultado de un proceso legalmente tramitado. La segunda frase, en cambio, de manera igualmente clara, se dirige al legislador: al legislador le está vedado establecer procedimientos que no sean racionales y justos. La infracción judicial del deber de someterse a las reglas procesales respectivas da origen a mecanismos de impugnación con causales específicas y genéricas. La infracción legislativa del deber de regular procedimientos racionales y justos habilitaría para ejercer las acciones constitucionales de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y de inconstitucionalidad ante el TC, en un modelo de control concentrado de constitucionalidad como el chileno.

Pese a esta forma bastante natural de leer la disposición en comento, es extremadamente frecuente encontrarse, en manuales y artículos nacionales, con exposiciones que señalan que al juez también le corresponde desarrollar procedimientos racionales y justos. Aunque es comprensible que esto cause la simpatía de los lectores y no se advierta el peligro que existe en explicar de esta manera el inciso en cuestión, una tal lectura implica aceptar que el juez tiene la posibilidad de cuestionar la racionalidad y/o justicia de los procedimientos legalmente establecidos. Ello, sin embargo, supone borrar de un plumazo la idea de sujeción del juez a la ley y toda la tradición en que ella se inserta³⁰. Del mismo modo, una actitud de este tipo pasaría por alto que la regulación actual sobre debido proceso es principalmente una que descansa de manera fuerte en la implementación o concretización legislativa³¹, imponiendo un canon constitucional muy poco denso.

La propuesta de delimitación de la garantía del debido proceso que viene a continuación se referirá de manera preponderante al *debido proceso* en cuanto garantía frente al ejercicio de la jurisdicción o, lo que es lo mismo, al debido proceso en cuanto mecanismo protector frente al juez —contra eventuales ilegalidades que pueda cometer el juez en el ejercicio de su función jurisdiccional de *conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*— en el

³⁰ Es una tradición que, fuera de la doctrina de la separación de poderes, puede rastrearse ya desde el derecho romano. La cuestión está en que el significado de *ley* y de *derecho* ha mutado, pudiendo distinguirse, con Guzmán, tres grandes períodos. Véase Guzmán (1981).

³¹ Véase STC Rol N° 2204-12.

contexto de un proceso judicial. Una definición de las principales funciones de esta garantía procesal nos ilustrará, del mismo modo, acerca del contenido constitucional sustantivo del instituto para su utilización como parámetro frente a la acción del legislador.

La propuesta, asimismo, asume un determinado concepto de jurisdicción que supone que no corresponde al juez cuestionarse acerca de racionalidad o justicia de las reglas procesales, sino que aquel debe someterse, por mandato constitucional, a las reglas creadas por el legislador para los diversos tipos de procesos judiciales³². La deferencia del juez hacia el legislador proviene, como es evidente, de una determinada manera de comprender las potestades clásicas del estado moderno a partir de la identificación de sus funciones y de ciertas estructuras —formas jurídicas— que les permitan cumplir aquella función, a la vez que legitimarse materialmente³³.

Se entenderá aquí por *jurisdicción*, siguiendo a Atria, “el poder de determinar qué es lo que en derecho corresponde a cada uno”, a través de la aplicación de la ley (abstracta y general) a casos particulares y singulares³⁴. A ello hay que agregar determinadas características que distinguen a la jurisdicción de la aplicación de la ley por parte de otros entes públicos: se ejerce de manera exclusiva, independiente, imparcial, irrevocable y con imperio por parte del juez³⁵. Esta función de la jurisdicción necesita una determinada estructura para hacer probable que los casos sean decididos dando a cada uno lo suyo de acuerdo con reglas válidas y aplicables; la institución judicial requiere de un principio de independencia y de su contrapartida, la obligación de sujeción del juez a la ley que, incumplida, genera responsabilidad judicial. Finalmente, la decisión judicial se legitima mostrando que el contenido de la decisión constituye una correcta aplicación de la ley.

³² Algunas sentencias del TC le han reconocido al juez una competencia bastante fuerte de configuración del debido proceso. “La Constitución no precisó los elementos del debido proceso legal, sino que el deber de determinar su sentido y alcance ha sido confiado al legislador”. STC Rol N° 1557-09, cons. 25°. En igual sentido, STC Rol N° 2799-15 y STC Rol N° 3107-16. Otras sentencias, en cambio, rescatan que la norma constitucional no puede ser entendida solo como una regla de reserva legal. STC Rol N° 792-07 y STC Rol N° 2853-15. Otras en cambio, confusamente, asumen que determinadas elecciones legales sobre extensión o causales de recursos violan la garantía. Véase STC Rol N° 2677-14.

³³ Atria (2016). Una síntesis de las ideas de este libro en Carbonell (2016).

³⁴ Atria y Couso (2007), p. 36.

³⁵ Bordalí (2009).

4.3 Propuesta de reconstrucción

Asumiremos aquí que la garantía del debido proceso es una garantía procesal primaria frente al ejercicio de la jurisdicción que incluye varios derechos que los jueces se encuentran obligados respetar. Es una *garantía paraguas* o, en palabras de un autor, un *ramillete de derechos procesales*³⁶, que se encuentra consagrada en la Constitución y en tratados internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. El debido proceso, por otra parte, será considerado como una garantía procesal —aunque una fundamental— entre varias otras garantías procesales que establece el legislador³⁷. De ello se sigue que se dejarán fuera algunas dimensiones o subderechos que se tienden a incluir en el debido proceso como macro garantía, porque se considera preferible, por las razones que se indicarán, mantenerlas separadas.

Desde el punto de vista de la eficacia de la protección que se brinda, pareciese ser clara la importancia de la técnica normativa de generar reglas³⁸ a partir de un principio o una garantía más amplia e indeterminadamente formulada. Ello, con el objeto de contar con concreciones de aquella directriz más general que consistan en correlacionar soluciones normativas (obligado, prohibido, permitido) con un caso genérico o, lo que es lo mismo, con una condición de aplicación o un supuesto de hecho más delimitado.

Aquí propondremos una concepción unitaria y minimalista del debido proceso judicial, aplicable tanto a los procesos civiles, contencioso-administrativos y penales³⁹. Así pues, no se usará la expresión *debido proceso*

³⁶ La expresión es de García Amado (2017), pp. 300 y siguientes.

³⁷ Por ejemplo, la presunción de inocencia en el proceso penal es una garantía procesal penal de la mayor relevancia que es conceptualmente independiente de la del debido proceso. Para un análisis de presunción de inocencia desde una triple perspectiva (como regla de trato, regla de prueba y regla de juicio), véase Fernández (2005); Ferrer (2010); Valenzuela (2013) y González Lagier (2014).

³⁸ No asumimos una distinción fuerte entre reglas y principios, sino más bien una *cuantitativa*, es decir, una que sostiene que estos últimos son más generales e indeterminados que las primeras, siguiendo a García Amado (2004), p. 72 y a Prieto (1992), p. 25.

³⁹ Esta propuesta se opone a una lectura neoconstitucionalista, que presenta los problemas de tener una comprensión desformalizada, pluralista, líquida y flexible de interpretación y adjudicación. Constituye una involución al derecho premoderno, en tanto “promete protegernos de la arbitrariedad, pero tiende a la disolución del derecho”, negando que el derecho sea voluntad, ignorando la dignidad de la legislación y dando preeminencia indiscriminada a la aplicación directa de los principios (implícitos y explícitos) contenidos en la Constitución. Así, el neoconstitucionalismo incita al juez a decidir conforme a la sustancia, conforme a criterios de justicia o a la mejor lectura

penal, sino que se reconstruirá la garantía del debido proceso a secas, y se mantendrán separadas otras garantías procesales o cláusulas sustantivas que algunas veces se incluyen a propósito del *debido proceso penal*, por las razones antes mencionadas⁴⁰.

Tal como ya se anunciare, para la reconstrucción de esta concepción unitaria y minimalista del debido proceso se articularán los textos normativos pertinentes: artículo 19 N° 3 de la Constitución; el artículo 8 de la CADH y el artículo 14 del PIDCP. Para ello, distinguiremos entre derechos explícitamente consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales sobre la materia, y aquellos derechos implícitos. *Derecho implícito*, es un derecho sin disposición o texto, que se extrae de una o más normas expresas mediante un razonamiento del intérprete. Más precisamente, para estos efectos, un derecho implícito será uno sin el cual no es posible realizar el

moral de la constitución, y no a la forma. Atria (2016), p. 67. En igual sentido crítico, García Amado (2007). Esta versión minimalista ha sido también considerada por el TC en STC Rol N° 478-06. También lo ha hecho cuando extiende las facultades del legislador para regular ese debido proceso legal. Véase STC Rol N° 1557-09.

⁴⁰ Son también *garantías procesales penales* las siguientes: 1) la presunción de inocencia (art. 4° CPP; art. 8.2 CADH; art. 14.2 PIDCP); 2) el *non bis in idem* como estándar de clausura procesal —y vinculado con la excepción de cosa juzgada— consistente en la prohibición de juzgamiento múltiple o persecución única (art. 1° CPP; art. 8.4 CADH; art. 14.7 PIDCP); 3) el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y el derecho a guardar silencio (art. 8.2, letra g) y art. 8.3 CADH; art. 14.3, letra g) PIDCP; art. 93, letra g) CPP; art. 19 N° 7 letra f) de la Constitución); 4) el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas (art. 14.3, letra c) PIDCP); 5) el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior o a que sea revisado si es condenatorio (art. 8.2, letra h) CADH; art. 14.5 PIDCP); 6) derechos asociados a la libertad personal: derecho a no ser privado de la libertad física, salvo por causas y en las condiciones legales; derecho a ser informado de las razones de la detención; derecho del detenido de ser llevado sin demora ante juez o funcionario; derecho a que se decida sobre la legalidad del arresto o detención y a que se declare su libertad en caso de que fuesen ilegales; derecho a un trato humano y digno por parte del privado de libertad; prohibición de privación de libertad por deudas o por incumplimiento contractual (arts. 5, 9, 93, 94 y 95 CPP; arts. 9, 10 y 11 CADH; art. 7 PIDCP).

Hay otras que, pese a que a veces se incluyen dentro del debido proceso, son, más bien, *garantías penales sustantivas* y se encuentran dirigidas hacia el legislador: a) prohibición de presumir de derecho de la responsabilidad penal (art. 19 N° 3 inc. 7° de la Constitución); b) irretroactividad de la ley penal más gravosa (art. 19 N° 3 inc. 8° de la Constitución); c) tipicidad penal (art. 19 N° 3 inc. 9° de la Constitución); d) derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial (art. 14 N° 6 CADH; art. 10 PIDCP; art. 7°, letra i) de la Constitución); e) *ne bis in idem* como estándar sustantivo de adjudicación, entendido como la prohibición de punición múltiple. Sobre este último punto, véase Mañalich (2014), pp. 548-551.

derecho explícitamente consagrado o, dicho de otra manera, es un presupuesto o condición de posibilidad para el ejercicio de aquel derecho⁴¹.

Los derechos explícitamente consagrados que integran la garantía del debido proceso son los siguientes:

4.3.1 Derecho a un juez independiente, imparcial, predeterminado por la ley y competente (art. 19 N° 3 inc. 5° de la Constitución; art. 8.1 de la CADH y art. 14.1 del PIDCP)

Este derecho, en realidad, reitera los presupuestos necesarios para el ejercicio de la jurisdicción. Un juez independiente es aquel que ejerce sus funciones y adopta sus decisiones sin estar sometido a influencias, presiones ni instrucciones externas, ya sea provenientes de otros poderes del estado, ya sea provenientes de sus superiores jerárquicos o de otros jueces, ya sea provenientes de ciudadanos. Desde el punto de vista orgánico, esta independencia está garantizada en la Constitución, a través de una norma que radica el ejercicio de la jurisdicción de forma exclusiva en los tribunales establecidos por la ley, y prohíbe al poder ejecutivo y legislativo ejercer aquellas funciones o realizar intromisiones indebidas (art. 76 en concordancia con el art. 7° inc. 2° de la Constitución). La llamada *independencia interna*, es decir, aquella que se refiere a otros jueces y, especialmente, a los superiores jerárquicos, no cuenta con una protección constitucional expresa. Incluso podría argumentarse que, en tanto es la propia Constitución la que establece un diseño jerárquico del poder judicial, concentrando en los superiores jerárquicos tanto el control de las decisiones jurisdiccionales como el disciplinario (arts. 80 y 82 de la Constitución), al igual que los nombramientos y la carrera funcionaria (art. 78 de la Constitución), la independencia interna es difícil de realizar precisamente por la manera en que se encuentra organizado el poder judicial chileno, aun cuando la cláusula de inamovilidad

⁴¹ La distinción que propone Guastini es más elaborada: 1) normas con disposición o texto; 2) normas sin disposición o texto, y dentro de estas últimas, hay varias subcategorías, por ejemplo, principios implícitos que se obtienen: i) conjeturando sobre la *ratio legis* común a una o varias normas expresas —intención del legislador, valores que protege la norma, fin de la norma—; ii) induciendo una norma general a partir de normas particulares —mediante abstracción, generalización, universalización—; iii) elaboración de una norma implícita que sea necesaria para la realización de otro principio previamente reconocido, dándole el rango de principio. Guastini (2011), pp. 155-161, 182-190.

en el ejercicio del cargo de juez pudiese servir de contrapeso (art. 80 de la Constitución).

Un juez imparcial es un juez que resuelve el caso en sus propios términos. Es un juez no partisano, que ejerce sus funciones sin tener ningún tipo de interés —personal, económico, político— en los resultados del juicio y sin decidir de manera instrumental para alcanzar fines diversos a la aplicación de la ley al caso concreto⁴². Una de las formas de resguardar la imparcialidad está vinculada con que el juez se encuentre predeterminado legalmente y no sea juez *ad-hoc*, como se verá a continuación. Otra forma es estableciendo causales de inhabilidad por razones de parentesco, interés, amistad o enemistad y prohibiciones de expresar sus opiniones políticas o con relación a los juicios. En nuestro ordenamiento jurídico, esta concreción la realiza el legislador (por ejemplo, arts. 321 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, en adelante, “COT”).

Una expresión de la imparcialidad judicial, por una parte, y del principio de igualdad (art. 19 N° 2 de la Constitución), por otra, es el derecho a recibir un trato igualitario por parte de jueces (art. 14 PIDCP) y una igual protección en el ejercicio de sus derechos (art. 19 N° 3 de la Constitución). Tratar de igual forma a las partes a lo largo del procedimiento, significa disponer de igualdad de trato en el ejercicio de derechos y cumplimiento de cargas legales en el curso del proceso, y no incurrir en desigualdades ilegales o arbitrarias.

Un juez predeterminado por la ley es aquel establecido por el legislador con anterioridad a la perpetración del hecho que se juzga. Este juez predeterminado por la ley se suele denominar *juez natural*⁴³. El inciso 4° del artículo 19 N° 3 de la Constitución, en efecto, prescribe que “Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”⁴⁴; el artículo 76 de la Constitución establece que la jurisdicción la ejercen los tribunales establecidos por la ley; y el artículo 77 de la Constitución establece que debe ser una ley orgánica constitucional la que determine la organización y atribuciones de los tribunales de justicia. Las disposiciones recién citadas constituyen una especificación de la legalidad orgánica exigida por el artículo 7° de la Constitución.

⁴² Atria (2005).

⁴³ Así es denominado tanto por la dogmática procesal y constitucional, como por el legislador (por ejemplo, art. 2° CPP).

⁴⁴ Un estudio sobre este inciso, en Lübbert (2011).

Un juez competente, es aquel que ejerce sus funciones jurisdiccionales en los asuntos que el legislador ha puesto dentro de la esfera de su conocimiento, en otras palabras, un juez al que se le han otorgado potestades para conocer y juzgar procesos judiciales y ordenar ejecutar sus decisiones. La actuación judicial dentro de la esfera de su competencia es una obligación que se encuentra consagrada en los artículos 7° y 76 de la Constitución, que regulan esta cuestión a propósito de todos los órganos del Estado y de los tribunales, respectivamente⁴⁵.

El *derecho a acceder a la jurisdicción*, que algunos autores identifican como un derecho independiente que integra el debido proceso o la tutela judicial efectiva⁴⁶, es, en realidad, parte del contenido del derecho a un juez independiente e imparcial. Este derecho consiste, precisamente, en que se pueda poner en movimiento el ejercicio de la jurisdicción, vinculada con las características de independencia, imparcialidad, predeterminación legal y competencia.

4.3.2 Derecho a un proceso previo legalmente tramitado

Tal como ya se indicó, el inciso 6° del artículo 19 N° 3 de la Constitución prescribe que “toda sentencia de órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”. Está claro que los jueces ejercen jurisdicción y que plasman su decisión en una sentencia⁴⁷. Esta disposición obliga a los jueces a seguir las respectivas reglas legales de tramitación del proceso en su función de conocer y juzgar el asunto que es sometido a su conocimiento. Esta disposición es una especificación del denominado *principio de legalidad* o, más específicamente, del de *legalidad*

⁴⁵ El legislador se encarga de distribuir la competencia entre distintas jerarquías de tribunales y entre tribunales de igual jerarquía a través de las reglas de competencia absoluta y relativa.

⁴⁶ Véase *infra* apartado 0.

⁴⁷ No entraremos directamente en el debate sobre la exclusividad del ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales de justicia, tesis que aquí se favorece, versus la posición que sostiene que, dado el uso del plural en la Constitución y el contenido explícito de las Actas de la CENC (sesión N° 103), todo órgano que resuelve controversias en el orden temporal ejercería jurisdicción (tribunales ordinarios, especiales, administrativos, arbitrales, Contraloría, Servicio de Impuestos Internos).

Tal como explica Bordalí (2008), p. 212, otros autores afirman que la Constitución distingue entre: a) función judicial desempeñada por los tribunales de justicia; b) función jurisdiccional desempeñada por otros órganos. Cea (2000), pp. 171 y siguientes. Esta posición ha sido apoyada en STC Rol N° 616-06, cons. 17°-18° y 24°.

funcional, consagrado en el artículo 6° de la Constitución, y que rige el actuar de todos los órganos del Estado. Así, la sentencia judicial contiene una decisión que es el resultado de actos de las partes y actos del juez en conformidad a las reglas que el legislador procesal civil, penal, de familia, del trabajo, dicta para organizar el proceso respectivo.

4.3.3 Derecho a un proceso público

Aunque la Constitución de 1980 no consagra explícitamente que los procesos judiciales deban ser públicos, existen dos disposiciones que conducen, inequívocamente, a aquella conclusión. Por una parte, el artículo 8° inciso 2° de la Constitución establece que “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”. Ello es así sin perjuicio de que se pueda establecer, vía ley de quórum calificado, la reserva o secreto “cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”. Se trata, como es evidente, de una disposición aplicable a todos los órganos del Estado, incluido el poder judicial. Así las cosas, la regla general es que los actos que integran el proceso judicial sean públicos y la excepción es que sean reservados o secretos⁴⁸. Por otra parte, el artículo 14 del PIDCP establece también como regla general —aplicable tanto a procesos penales como civiles— la publicidad de los juicios y de la sentencia, e indica casos en que aquella puede ser exceptuada⁴⁹.

⁴⁸ El legislador contempla la misma regla en el artículo 9° del COT: “Los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley”.

⁴⁹ El artículo 14 del PIDCP, en la parte respectiva, reza así: “La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”. Respecto del proceso penal, existe, además, norma expresa: “El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia” (art. 8.5 CADH).

4.3.4 Derecho a la defensa

El derecho a la defensa es uno de los derechos más importantes que integran el debido proceso⁵⁰. Este derecho consiste en que las partes en un proceso civil (demandante y demandado) y los intervinientes en un proceso penal (imputado y víctima) puedan hacer uso de las oportunidades procesales y medios legales para acreditar la existencia de hechos que sirven de fundamento a las normas cuyas consecuencias jurídicas se persiguen a través del proceso, a proporcionar interpretaciones de los textos normativos aplicables al problema de relevancia jurídica en cuestión, a desvirtuar imputaciones de responsabilidad en su contra y a contradecir alegaciones de la otra parte o interviniente. Este derecho a presentar pretensiones ante tribunales que tengan por objeto la declaración o protección de un derecho, o la condena de un tercero, así como el derecho a protegerse de las pretensiones que se hagan valer en juicio se denomina, usualmente, *derecho a la defensa material*. Junto con esta dimensión, el *derecho a la defensa técnica* consiste en que el resguardo de los derechos de una persona en juicio se haga por un abogado o por personas que tienen conocimiento experto sobre el derecho⁵¹. En el ordenamiento jurídico chileno, la regla general es que la ley exija actuar en juicio representado por un mandatario judicial y la excepción que se pueda hacer personalmente.

La Constitución garantiza el derecho a la defensa técnica de manera extensa, y con referencias específicas a propósito del proceso penal, en el artículo N° 19 N° 3 incisos 2°, 3° y 4°. Así, dispone que “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”. Junto con establecer el derecho a la defensa jurídica, esta norma proscribe que se generen situaciones de indefensión que puedan alterar dicha defensa y garantiza además la gratuidad “a quienes no puedan procurárselos por sí mismos”. La Constitución hace especial mención a la asesoría y defensa jurídica gratuita para las “personas naturales víctimas de delitos” y al carácter de “derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley” tratándose de personas imputadas de delitos⁵².

⁵⁰ Véase STC Rol N° 621-06; STC Rol N° 1602-10 y STC Rol N° 3171-16.

⁵¹ Pueden asumir la representación aquellos indicados en el artículo 2 de la Ley 18.120.

⁵² En materia penal, el derecho a la defensa se encuentra regulado de forma mucho más detallada. Así, el artículo 8.2 CADH dispone, como garantías mínimas en favor de toda

Dentro del derecho a la defensa material, pueden identificarse distintos elementos, el primero de los cuales tienen consagración explícita en los tratados internacionales y el resto serían derechos implícitos que especifican su contenido: a) derecho a ser oído dentro de un plazo razonable (art. 8.1 CADH; art. 14.1 PIDCP); b) derecho a formular alegaciones; c) derecho a ofrecer y a rendir prueba; d) derecho a contradecir alegaciones y prueba (bilateralidad); e) derecho a una sentencia motivada⁵³.

La idea de que partes litigantes *tienen derecho a ser escuchados en toda actuación que afecte su posición en el proceso* se conecta con la idea de contradicción, que se encuentra vinculada con la máxima que establece *audiatur et altera pars*⁵⁴ o *principio de audiencia*, según la cual nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio. Este derecho a ser oído presupone que se tenga acceso o que se pueda acceder sin trabas ante los jueces o tribunales que, como hemos dicho, el derecho a acceder a la jurisdicción

persona inculpada de un delito, las siguientes: “a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

De manera muy similar, el artículo 14.3 del PIDCP, dispone que “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal”.

⁵³ Véase STC Rol N° 1411-09. Del mismo modo, véase STC Rol N° 1429-09; STC Rol N° 1437-09, entre otras.

⁵⁴ Hunter (2010), p. 217.

es parte de la idea misma de jurisdicción y de juez independiente e imparcial y, por lo tanto, no lo consideramos contenido en el derecho a la defensa.

Así, las partes deben tener la oportunidad de presentar sus alegaciones (pretensiones y defensas) y de ofrecer y rendir prueba sobre ellas⁵⁵. Además, deben estar en condiciones de tomar conocimiento tanto de lo alegado y probado por el otro litigante, como de lo que, a medida que avanza el proceso, va siendo resuelto por el juez, pues es la manera de contradecirlo, impugnarlo o desvirtuarlo mediante nueva prueba⁵⁶.

El derecho a una sentencia motivada consiste en que los litigantes puedan conocer el fundamento de la decisión judicial⁵⁷. Al resolver el conflicto de relevancia jurídica, el juez o el tribunal se encuentra obligado a explicitar las razones fácticas y jurídicas sobre las que se base y, en caso de que ellas sean insuficientes, contradictorias, erróneas o adolezcan de cualquier otro defecto, habiliten su control, ya sea a través de mecanismos de impugnación de resoluciones judiciales establecidos por el legislador (control *endoprocesal*), ya sea a través del análisis crítico de las decisiones judiciales por parte de la comunidad jurídica o de los ciudadanos en general (control *exoprocesal*). En nuestro sistema jurídico, el deber de motivación se encuentra consagrado legislativamente en diversas disposiciones⁵⁸; por otra parte, en tanto los órganos públicos se encuentran obligados a someter sus actuaciones a la Constitución y las leyes y a expresar públicamente los fundamentos de sus decisiones, el derecho a una sentencia motivada podría considerarse parte del derecho a un proceso legalmente tramitado y a un juicio público, respectivamente.

Así las cosas, la concepción unitaria y minimalista del debido proceso judicial, aplicable tanto a los procesos civiles, contencioso-administrativos y penales, está integrada por los siguientes derechos:

- 1) Derecho a un juez independiente, imparcial, predeterminado por la ley y competente;
- 2) Derecho a un proceso previo legalmente tramitado;
- 3) Derecho a un proceso público;
- 4) Derecho a la defensa:

⁵⁵ Véase STC Rol N° 596-06.

⁵⁶ Véase STC Rol N° 1718-10.

⁵⁷ Véase STC Rol N° 1873-10.

⁵⁸ Por ejemplo, artículo 170 del CPC; artículo 342 del CPP y artículo 456 del Código del Trabajo.

- a. Defensa técnica (asistencia letrada) y gratuita;
- b. Defensa material:
 - i. Derecho a ser oído dentro de un plazo razonable;
 - ii. Derecho a formular alegaciones;
 - iii. Derecho a ofrecer y rendir prueba;
 - iv. Derecho a contradecir alegaciones y pruebas; y
 - v. Derecho a una sentencia motivada.

4.4 Dos discusiones

La primera discusión que cabría tratar aquí consiste en determinar la relación existente en el ordenamiento jurídico chileno entre la denominada garantía de *tutela judicial efectiva*⁵⁹ y la de debido proceso. Al igual que esta última, aquella se formula a través de una expresión indeterminada en su alcance y a la que parte de la jurisprudencia y dogmática le ha asignado contenidos heterogéneos.

Desde un punto de vista histórico-conceptual, las expresiones *debido proceso* y *tutela judicial efectiva* aparecen como garantías con una misma base común: la cláusula del *due process of law* anglosajona. Ambas hacen referencia a la idea de proceso justo o debido, a un proceso judicial *con ciertos derechos*. España⁶⁰, por ejemplo, emplea la expresión *tutela judicial efectiva* en su constitución, explicitando prácticamente los mismos derechos que los incluidos aquí dentro del debido proceso y bajo la directriz general de evitar la indefensión de las personas en sede judicial⁶¹. Así las cosas, el

⁵⁹ En este mismo volumen hay un capítulo sobre tutela judicial efectiva. Nuestras conclusiones aquí no se pronuncian sobre, ni prejuzgan, los argumentos latamente desarrollados allí, sino que más bien toman posición en esta primera discusión a partir de la depuración y coherencia conceptual aquí propuesta. Véase Capítulo IX: “Derecho de acceso a la justicia y a la defensa jurídica”.

⁶⁰ Este texto no realiza un estudio comparado; solo cita como ejemplos la regulación en estos dos países.

⁶¹ Artículo 24 de la Constitución Española prescribe: “1) Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2) Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

debido proceso y la tutela judicial efectiva se solapan en su contenido y no parece estar demostrada la utilidad de emplear ambas expresiones sin un ejercicio de delimitación conceptual y sin justificar su inclusión en cada una de estas garantías a partir de la normativa vigente.

La dogmática nacional ha establecido relaciones y separaciones entre ambas garantías. Algunos señalan que estarían en una de prelación temporal: la tutela judicial efectiva sería una garantía fundamentalmente para acceder a la jurisdicción, mientras que el debido proceso sería una garantía que operaría cuando ya se ha accedido a la jurisdicción y se está frente a un proceso judicial⁶². Otros indican que la macro garantía de la tutela judicial efectiva, como una distinta a la del debido proceso, estaría integrada por: a) el derecho a la acción⁶³; b) el derecho de acceso a la jurisdicción o a la justicia; c) derecho a la efectividad de las decisiones judiciales (i) la cosa juzgada; ii) derecho a la tutela cautelar; iii) derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; d) derecho a la publicidad de los actos jurisdiccionales; e) derecho a una sentencia motivada⁶⁴.

Algunos de estos numerales ya han sido tratados e identificados como parte del concepto de debido proceso que proponemos; respecto de otros no es claro afirmar que sean un derecho autónomo; otros, en fin, no parecen formar parte del debido proceso ni tener respaldo en la normativa vigente.

El derecho a la acción presupone una división anterior entre derecho y acción, que es tomada como dogma por parte de la teoría procesalista dualista de la acción. A nuestro entender, este *derecho a la acción*, en el caso de que fuese algo distinto a la *acción*, es simplemente la forma que el ordenamiento jurídico dispone como mecanismo de protección o reparación de derechos subjetivos, en consonancia con la vieja máxima *ubi ius, ibi remedium*. Así las cosas, esta expresión *derecho a la acción* es redundante, en el sentido de que la contra cara del derecho subjetivo es la acción para proteger su ejercicio y, en cualquier caso, no forma parte del debido proceso sino de la estructura de los derechos subjetivos.

Tampoco es necesario formular, como un derecho, la posibilidad de acceder a la jurisdicción. Como ya hemos dicho, el derecho a un juez independiente e imparcial solo puede realizarse si existe una jurisdicción con

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

⁶² Véase Bordalí (2011).

⁶³ Véase Carbonell (2019).

⁶⁴ Contreras (2016), p. 102; García y Contreras (2013), p. 238.

determinadas características y si puede asegurarse que, frente a conflictos de relevancia jurídica, se podrá concurrir, para su resolución autoritativa, a tribunal competente.

El derecho a la publicidad de los actos está contenido en el derecho a un proceso público como derecho conformador del debido proceso. El derecho a una sentencia motivada es parte del derecho a la defensa material y, por tanto, parte del debido proceso en la reconstrucción conceptual aquí propuesto, tal como ha sido explicado.

Con relación al *derecho a la efectividad de las decisiones judiciales* y los tres sub-derechos que la integrarían: (i) derecho a la cosa juzgada; (ii) derecho a la tutela cautelar; (iii) derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, consideramos que ellos no son elementos del debido proceso que puedan extraerse de las disposiciones normativas sobre las que se basa nuestra propuesta. En primer lugar, la razón de no incluir el *derecho a la cosa juzgada* como elemento del debido proceso es conceptual, ya que la posibilidad de ejecutar decisiones judiciales, esto es, la facultad de imperio constituye, como hemos dicho, un elemento definitorio de la jurisdicción constitucionalmente consagrado⁶⁵. Esto equivale a decir que la aplicación judicial del derecho habilita al poder judicial a poner en marcha el monopolio de la fuerza estatal para hacer cumplir forzosamente el contenido de aquellas decisiones. A esto se llama *acción de cosa juzgada*⁶⁶. El *derecho a la cosa juzgada*, entonces, no es parte de la garantía del debido proceso.

Con relación a la existencia de un *derecho a la tutela cautelar* como parte de la garantía constitucional del debido proceso —cuyo contenido fuese la posibilidad de solicitar al tribunal medidas que permitan asegurar que, en el caso de un procedimiento de condena civil o en un proceso penal, una eventual sentencia estimativa de la pretensión del actor o condenatoria del imputado pueda ser cumplida incluso forzosamente— pareciese que se trata de una propiedad contingente a algunos tipos de procesos que cuentan

⁶⁵ Artículo 76 incisos 3° y 4° de la Constitución: “Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine.

La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar”.

⁶⁶ La excepción de cosa juzgada, prohibición de juzgamiento múltiple o *non bis in ídem* en su dimensión procesal es otra garantía procesal con explícito reconocimiento legislativo en materia penal. Véase *supra*, nota al pie N° 40.

con este tipo de regulación legal y que permiten, como su nombre lo indica, proteger los resultados del juicio si se cumplen ciertos requisitos. Adicionalmente, no es un derecho que esté dirigido a controlar la posible arbitrariedad judicial, sino a evitar la mala fe del demandado en un proceso civil que pueda disponer de sus bienes y a evitar que se entorpezca la investigación, peligre la seguridad de la sociedad o del ofendido o que el imputado se dé a la fuga⁶⁷. Siendo así, no es un derecho consagrado constitucionalmente y no parece que deba serlo, sino más bien es suficiente y más efectivo que sea un derecho de consagración legal.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es un derecho que, garantizado que sea, requiere recursos materiales y humanos para su satisfacción, que solo pueden ser dispuestos por el legislador. Además, que no existan dilaciones indebidas depende, a más de los costos, de otras variables, como el diseño específico que adopte cada uno de los procesos, cuestión que es igualmente contingente y definida por el legislador.

La segunda discusión dice relación con tres formulaciones distintas de un derecho implícito que, según un amplio sector de la doctrina, integraría también la garantía del debido proceso: el derecho a la doble instancia, el derecho al recurso y el derecho a la revisión judicial por un tribunal superior. Conviene, sin embargo, mantener conceptualmente separadas estas tres formulaciones y analizar si, a la luz de la normativa vigente, ellas integrarían una garantía del debido proceso unitaria y minimalista.

El *derecho a la doble instancia* consiste en la posibilidad de que un problema jurídico sea conocido y resuelto, tanto en los hechos como en el derecho, por dos tribunales distintos. El recurso de apelación es el ejemplo típico que da paso a la segunda instancia, en la que la Corte de Apelaciones vuelve a conocer los hechos y el derecho y a resolver la contienda cuando una o ambas partes alegan que la decisión del primer tribunal les ha producido agravio. A la luz de la normativa vigente, no existe ni explícita ni implícitamente un derecho a la doble instancia y, por ello, no es un subderecho dentro de la garantía del debido proceso. Lo que existe es una regulación legal contingente que regula de manera amplia el recurso de apelación en materias civiles y que permiten una revisión de los hechos y del derecho de forma genérica y solo invocando agravio en el proceso civil ordinario⁶⁸.

⁶⁷ Estos son los casos que habilitan a solicitar la medida cautelar personal de prisión preventiva, artículo 140 del CPP.

⁶⁸ Véase artículos 186 y siguientes del CPC.

El *derecho al recurso* es la facultad de una persona, que es parte o interesado en un proceso judicial, de solicitar la revisión de la sentencia que le pone término ante el mismo juez o ante otro juez, sea éste de igual o superior jerarquía. Este derecho no asegura que se pueda volver a conocer y juzgar los hechos y el derecho, es decir, no conduce necesariamente a una doble instancia. Esta definición es intencionadamente amplia para que puedan caber en ella recursos con fines diversos, ante tribunales diversos y que se inserten en distintos modelos procesales⁶⁹. El *derecho de revisión judicial por tribunal superior* especifica el derecho al recurso ante un tipo de tribunal, el jerárquicamente superior.

Con respecto a estas dos formulaciones, la conclusión es que no existe un derecho al recurso general para todo tipo de procesos ni en la constitución ni en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes. En este sentido, estamos de acuerdo con la opinión de Fuentes y Riego, quienes sostienen que no existen razones para sostener un derecho al recurso para todos los procesos no penales a partir del derecho internacional de los derechos humanos interamericano⁷⁰. Por ello, no podría formar parte de un concepto unitario y minimalista del debido proceso.

Sí existe y no es algo discutido, en cambio, un derecho al recurso en materia procesal penal. Así, la CADH, en su artículo 8.2, letra h) consagra el *derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*. El PICDP, en su artículo 14.5 dispone que “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

Una discusión distinta es aquella que reflexiona sobre si debiese existir un derecho al recurso general para procesos no penales, reflexión que nos llevaría más allá de los límites de este texto⁷¹. No obstante, y de forma preliminar, nuestra respuesta sería negativa, especialmente porque la decisión legislativa de prever recursos o mecanismos de impugnación de deci-

⁶⁹ El derecho a la doble instancia es una noción ajena a ciertos ordenamientos jurídicos, como el del Reino Unido. Con miras a impedir retrasos y eliminar la sobrecarga de trabajo de las *appeal courts*, se consagran sistemas restringidos de apelación —abogando, algunos, incluso por abolirlos del proceso civil. Wilner (1968). Otros sostienen que debe evitarse la introducción de medios de impugnación durante el juicio de primera instancia y reservarse, en cambio, para atacar la decisión definitiva. La discusión sobre algunos de estos elementos puede verse en Shavell (1995); Jolowicz (2000), pp. 299 y siguientes; Oldfather (2010); Nobles y Shiff (2012); y De Saulles (2017).

⁷⁰ Fuentes y Riego (2017).

⁷¹ Puede verse la STC Rol N° 1443-09.

siones judiciales dentro de un tipo determinado de proceso judicial depende de diversos elementos en juego, entre los cuales cabe indicar: el tipo de revisión, parcial o íntegra, que sea adecuado, eficiente o coherente con el diseño del proceso de instancia; la calidad del proceso de primera instancia como antecedente a tener en cuenta para contar o no con un mecanismo de impugnación (la decisión, podría decirse, de dónde invertir los recursos económicos), y la pregunta por la finalidad del proceso, o qué es lo que se quiere asegurar con esta herramienta y cuál es la mejor forma de hacerlo.

5. DEBIDO PROCESO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Una concepción unitaria y minimalista del debido proceso, como la defendida en estas líneas, tiene plena aplicación en los procesos contencioso-administrativos sea que en ellos se discuta la nulidad de actos administrativos o la determinación de específicos derechos subjetivos públicos.

No obstante, cierta doctrina y jurisprudencia se ha esforzado en considerar aplicables las reglas del debido proceso —neoconstitucionalistamente entendidas— al ámbito del procedimiento administrativo⁷², esto es, a aquella sucesión de actuaciones realizada al interior de una Administración Pública cuyo objeto y fin es la producción de un acto administrativo terminal.

La aplicación del *debido proceso* al derecho administrativo, especialmente en el ámbito de las sanciones administrativas, asume que el administrado en el procedimiento administrativo no es solo un interesado sino una *parte* respecto de la cual la Administración debe comportarse de la misma forma como un juez lo haría respecto de las partes que ante él se presentan. Esta precomprensión es una manifestación clara de esta igualación entre proceso judicial y procedimiento administrativo, es decir, se pretende igualar el ejercicio de la potestad jurisdiccional con los poderes y la ejecución normal y frecuente de las funciones administrativas. Y esto es lo equivocado. Mientras la Administración tiene facultades para elegir los medios que utilizará para lograr objetivos políticamente informados, los tribunales no gozan de esa posibilidad. Son ellos siempre aplicadores de la ley. Tal como lo ha expresado sólidamente Atria “mientras la ley fija a la Administración su finalidad y le confiere medios de acción, sin imponerle deberes concretos

⁷² Boettiguer (2009); Navarro (2013); Osorio (2016). En el mismo sentido, STC Rol N° 513-06; STC Rol N° 747-07 y STC Rol N° 783-07.

de acción, para los tribunales la ley aparece como determinando qué deben hacer y cómo deben hacerlo. Por eso los tribunales son independientes (art. 12 COT): la manera en que el contenido de sus decisiones se legitima no es al modo de la Administración, es decir, mostrando que su contenido es desarrollo de un programa políticamente legitimado, sino mostrando que el contenido de sus decisiones está determinado por la ley, que es dictada mediante un procedimiento que asegura (=hace probable) su legitimación material”⁷³. El funcionamiento administrativo, entonces, no puede ser asimilado al funcionamiento judicial. Y de ahí que no nos debe extrañar que la primera y más básica garantía de un *debido proceso*, esto es, la de ser juzgado por un tercero imparcial, sea completamente impracticable en el ámbito administrativo. La Administración, en efecto, no ve con imparcialidad el mundo del derecho, en tanto no puede serle privado el designio previo de aplicar los lineamientos políticos que la informan. Es por ello que la Administración puede dosificar su potestad sancionadora, puede elegir a los sujetos que inspeccionará o puede desechar los casos que, por consideraciones de bien común, no propenden a un mejor y más eficiente refuerzo de las obligaciones administrativas.

Algunos autores, con mayor conciencia de las diferencias entre el funcionamiento judicial y administrativo, consideran que la regulación legal del procedimiento de generación de actos administrativos —contenido especialmente en la Ley N° 19.880 de 2003, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado— constituye a su vez la garantía del *debido procedimiento administrativo*⁷⁴. Otros, por el contrario, ajustan la aplicación del contenido de las garantías procesales penales⁷⁵ con un conjunto de matices o correcciones necesarios para su desembarco en materia administrativa⁷⁶. Esto planteamientos bien reducen la garantía al contenido del procedimiento legalmente determinado, bien dejan en la indeterminación aquello que constituye un debido proceso, confiando en su determinación futura por parte de los órganos de aplicación judicial.

⁷³ Atria (2016), p. 200.

⁷⁴ Quezada (2017). En un sentido similar, STC Rol N° 771-07.

⁷⁵ Como dijimos antes, algunos engloban todas o algunas de estas garantías procesales penales bajo el rótulo de *debido proceso penal*, concepto del que nos desmarcamos al ofrecer un concepto unitario y minimalista de debido proceso. Véase *supra*, las garantías procesales penales a las que se hace referencia en la nota 40.

⁷⁶ Román (2009). Véase también STC Rol N° 513-06.

Bibliografía citada

- ALEX, Robert, 2007: *Teoría de los derechos fundamentales*, 2 ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ARRIAGADA, María Beatriz, 2017: “Conceptos jurídicos de derecho subjetivo”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, N° 11.
- ATRIA, Fernando, 2005: “Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 5, pp. 119-141.
- _____ (2016): *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- ATRIA, Fernando y COUSO, Javier (eds.), 2007: *La judicatura como organización*, Santiago, Expansiva e Instituto de Estudios Judiciales.
- BOETTIGUER, Camila, 2009: “El derecho administrativo sancionador en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 20.
- BORDALÍ, Andrés, 2009: “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXIII.
- _____ (2008): “La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno”, en *Revista de derecho* (Valparaíso), vol. 30.
- _____ (2003a): “Independencia y responsabilidad de los jueces”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XIV.
- _____ (2003b): “El debido proceso civil”, en FERRADA, Juan Carlos (ed.), *La constitucionalización del Derecho chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- _____ (2011): “Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38, N° 2.
- CARBONELL, Flavia (2016): “Sobre la transformación de la sustancia en forma: el Derecho según Fernando Atria”, en *Derecho y Crítica Social*, N° 2, Vol. 2.
- _____ (2019): “La irradiación procesal del derecho civil: a propósito de los hechos y de su prueba”, en PEREIRA, Esteban (ed.), *Fundamentos Filosóficos del Derecho Civil Chileno*, Santiago, Rubicón.
- CEA, José Luis, 2000: *Teoría del gobierno. Derecho chileno y comparado*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CONTRERAS, Pablo, 2016: “Aspectos constitucionales del debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”, en ACUÑA, Manuel, et al. (coords), *El Debido Proceso. T. IV: Desde una visión Latinoamericana*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch.
- DE SAULLES, Dominic, 2017: “Process costs and error costs: The reform of civil appeals in Anglo-American perspective”, en *Athens Journal of Law*, Vol. 3, N° 3.
- DUCE, Mauricio, et al., 2011: “Reforma a los procesos civiles orales Consideraciones desde el debido proceso”. Disponible en: <http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/1220>
- ESPARZA, Iñaki, 1994: *El principio del debido proceso*, Tesis doctoral, Universitat Jaume I de Castellón, España.
- FERNÁNDEZ, Mercedes, 2005: *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, Iustel.
- FERRAJOLI, Luigi, 2000: “Garantías”, en *Jueces para la democracia*, N° 38.
- _____ (2004): *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta.
- _____ (2006): “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, en *Doxa*, N° 29.

- _____ (2011): “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Doxa*, N° 34.
- FERRER, Jordi, 2010: “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, en *Revista De La Maestría En Derecho Procesal*, Vol. 4, N° 1. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2393>
- FUENTES, Claudio y RIEGO, Cristian, 2017: “El debate sobre los recursos en materia civil y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA.VV., *Recursos procesales. Problemas actuales*, Santiago, Der Ediciones.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, 2004: “La interpretación constitucional”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, N° 2.
- _____ (2007): “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta.
- _____ (2017): “Justicia distributiva y estado social. ¿Debe ser el Estado social un Estado igualitario?”, en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, N° 9.
- GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo, 2013: “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en *Estudios Constitucionales*, Año 11, N° 2.
- GONZÁLEZ, Daniel, 2014: *Presunción de inocencia, verdad y objetividad*, en GARCÍA AMADO, Juan Antonio y BONORINO, Pablo (coords.), *Prueba y razonamiento probatorio en el derecho. Debates sobre abducción*, Granada, Comares, 2014.
- GUASTINI, Riccardo, 2011: *Interpretare e argomentare*, Milán, Giuffré.
- GUZMÁN, Alejandro, 1981: “La función jurisdiccional en las concepciones clásica, moderna y contemporánea”, AA.VV., *La función judicial*, Buenos Aires, Depalma.
- HART, Herbert, 1997: *The Concept of Law*, 2a ed., Oxford, Clarendon.
- HOHFELD, Wesley Newcomb, 2004: *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Fontamara.
- HUNTER, Iván, 2010: “*Iura novit curia* en la jurisprudencia civil chilena”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 23, N°2.
- JOLOWICZ, John Anthony, 2000: *On Civil Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press.
- LÓPEZ, Julián, 2006: “Debido proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas”, en BORDALÍ, Andrés (coord.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Santiago, Lexis Nexis.
- LORCA, Antonio, 2003: “El derecho procesal como sistema de garantías”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. XXXVI, N° 107.
- LÜBBERT, Valeria, 2011: “El derecho a no ser juzgado por comisiones especiales: análisis crítico de jurisprudencia”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 15.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2014: “El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio”, en *Política criminal*, Vol. 9, N°18.
- NAVARRO, Enrique, 2013: “El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX.
- NOBLES, Richard y SCHIFF, David, 2002: “The right to appeal and workable systems of justice”, en *Modern Law Review*, Vol. 65.

- NOGUEIRA, Humberto, 2007: *El debido proceso en la Constitución y el Sistema Interamericano*, Santiago, Librotecnia.
- OLDFATHER, Chad, 2010: "Error correction", en *Indiana Law Journal*, Vol. 85.
- OSORIO, Cristóbal, 2016: *Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte General*, Santiago, Thomson Reuters.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, 1992: *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- QUEZADA, Flavio, 2017: *Procedimiento administrativo sancionador en la Ley N°19.880*, Santiago, Librotecnia.
- ROMÁN, Cristián, 2009: "El debido procedimiento administrativo sancionador", en *Revista de Derecho Público*, N° 71.
- SHAVELL, Steven, 1995: "The appeals process as a means of error correction", en *Journal of Legal Studies*, Vol. 24, Issue 2.
- _____, (2010): "On the design of the appeals process: The optimal use of discretionary review versus direct appeal", en *Journal of Legal Studies*, Vol. 39, N° 1.
- VALENZUELA, Jonatan, 2013: "Inocencia y razonamiento probatorio", en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 18.
- WILLIAMS, Ryan, 2010: "The one and only substantive due process clause", en *The Yale Law Journal*, Vol. 120,
- WILNER, Irving, 1968: "Civil appeals: Are they useful in the administration of justice", en *Georgetown Law Journal*, Vol. 56.