

65

COLECCIÓN
MATERIALES
DOCENTES

Debido proceso

Manuel Rodríguez Vega
Rodrigo Bordachar Urrutia

2023

 **ACADEMIA
JUDICIAL
CHILE**



Manuel Rodríguez Vega

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, magíster en Derecho Penal por la Universidad de Talca y doctor en Derecho por la Universidad de Chile. Profesor asistente adjunto en el departamento de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ha sido docente, además, en las universidades del Desarrollo y Andrés Bello y relator de la Corte Suprema.

Rodrigo Bordachar Urrutia

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, máster en Derecho con especialidad en Litigios, Arbitraje y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos por la Universidad de París II (Panthéon-Assas). Es socio del estudio Bordachar y Meneses BAM Abogados, donde centra su actividad profesional en el derecho corporativo, arbitrajes y en la solución alternativa de controversias. Es profesor asistente del departamento de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Chile desde 2007.



Debido proceso

MATERIALES DOCENTES 65

© Manuel Rodríguez Vega y Rodrigo Bordachar Urrutia,
por los textos, 2023

© Academia Judicial de Chile, por esta edición, 2023
Amunátegui 465, Santiago de Chile
academiajudicial.cl • info@academiajudicial.cl

EDICIÓN Y DISEÑO: Tipografía (tipografica.io)

Todos los derechos reservados.

Resumen

Esta obra sintetiza y analiza el origen y contenido del derecho al debido proceso, así como la evolución de su recepción y aplicación por la jurisprudencia internacional y nacional. Asimismo examina situaciones problemáticas de distintos procedimientos civiles y penales, a la luz de los derechos que componen el debido proceso, buscando suministrar las herramientas dogmáticas y exegéticas que permitan una resolución que se adecúe a dicha garantía. De esa forma, este trabajo busca ser un aporte —desde un marco teórico y práctico— al estudio de los principales problemas relacionados con la aplicación y vigencia del complejo contenido del derecho al debido proceso en nuestro ordenamiento.

Contenido

9	<i>Introducción</i>
13	CAPÍTULO 1 Origen y conceptualización
20	CAPÍTULO 2 Contenido según la normativa y jurisprudencia internacional y nacional
25	CAPÍTULO 3 Derechos fundamentales que derivan de la garantía del debido proceso
26	El derecho a la acción o tutela judicial efectiva
35	Acceso a la justicia y acceso al derecho
44	Derecho al juez o jueza natural
47	Derecho a defensa
51	Derecho a ser emplazado o emplazada
53	Igualdad de partes y principio contradictorio
56	Derecho a la prueba
59	Derecho a ser juzgado o juzgada en un plazo razonable
72	Derecho a la motivación de la decisión judicial
78	Derecho a la no doble persecución (cosa juzgada)
86	Derecho al recurso
91	Garantías de tipo orgánicas y funcionales
100	CAPÍTULO 4 Resolución judicial ante la colisión de derechos y garantías
102	Operaciones comprendidas en la aplicación de principios constitucionales
108	Principio de proporcionalidad

121	CAPÍTULO 5
	El debido proceso en los procedimientos civiles y arbitrales
122	Herramientas preventivas y correctivas de vulneraciones al debido proceso en el procedimiento civil
178	El debido proceso en el arbitraje
206	CAPÍTULO 6
	El debido proceso en los procedimientos administrativos
215	Derecho a un órgano independiente e imparcial
218	Derecho a defensa, respeto del contradictorio y derecho a la prueba en el procedimiento administrativo
220	Derecho a la fundamentación del acto administrativo
228	Decisión dentro de un plazo razonable
232	Derecho al recurso y a la impugnación del acto
234	CAPÍTULO 7
	El debido proceso en los procedimientos penales
235	Contenido del debido proceso en los procedimientos penales y distinción de la mera infracción legal
238	Principio de proporcionalidad en el procedimiento penal
246	Herramientas procesales para el resguardo del debido proceso en el procedimiento penal: Autorización judicial previa, cautela de garantías, nulidad procesal, exclusión de prueba ilícita, recurso de nulidad
255	<i>Referencias</i>

Introducción

Debido proceso... o proceso debido. Dos palabras que expresan un derecho fundamental sin el cual no podríamos hablar de verdadera justicia. La Real Academia Española (RAE) dice que lo debido es lo que corresponde, lo que es lícito. Y el verbo deber nos remite al hecho de estar obligado por la ley divina, natural o positiva. A partir de esto, si traspasamos lo debido al ámbito del ejercicio jurisdiccional se concluye que el debido proceso es el derecho de los y las justiciables a un juicio justo, donde el Estado y sus instituciones deben garantizarlo para asegurar el ejercicio efectivo de sus garantías fundamentales. Por eso se ha dicho que «el debido proceso es la piedra angular del sistema de protección de derechos humanos, siendo por excelencia el garante de todos ellos y un requisito *sine qua non* para la existencia del Estado de derecho» (Medina Quiroga, 2016: 240-241).

El *Diccionario Panhispánico de Español Jurídico* de la RAE (2022) sintetiza el debido proceso en el: «Derecho de toda persona a un proceso en el que se respeten los principios y garantías de naturaleza procesal consagrados constitucionalmente: imparcialidad del juez, publicidad del proceso, posibilidad de asistencia de abogado, prohibición de las dilaciones indebidas y utilización de los medios de prueba pertinentes».

Podemos discutir eternamente sobre lo que es justicia, sin embargo, percibimos fácilmente cuando hay una injusticia. Tal como ocurre con la significación de la justicia, intentar definir el debido proceso redundaría únicamente en limitar y reducir sus contornos y, con ello, su contenido material. Como en el ejemplo anterior, nos es posible detectar cómodamente cuándo no existió un debido proceso o cuándo ha sido dejado de lado por quienes estaban obligados a respetarlo.

El debido proceso evolucionó y amplió su contenido, alcance y significación a lo largo de los siglos. Se ha reconocido inclusive que no es tampoco una obligación exclusiva de un órgano judicial. Si en un principio se trató de una garantía tradicionalmente asociada al derecho penal y, en particular, a un derecho del imputado o acusado de un delito, luego su vocación alcanzó procesos civiles e incluso administrati-



vos y, en general, en toda causa donde se ejerzan funciones de carácter jurisdiccional. Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señala que:

Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un «juez o tribunal competente» para la «determinación de sus derechos», esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana.¹

Junto con ello también amplió su contenido y se llegó a hablar del debido proceso como manifestación del *derecho al derecho*, una garantía que parte en lo más básico: que el ciudadano tenga acceso a conocer y entender la norma legal y los medios que tiene para hacerla exigible. Igualmente, el debido proceso se integra a y con otras garantías fundamentales, como el derecho a petición y a la acción, el derecho al acceso a la justicia, el derecho al juez natural y a un proceso dentro de un plazo razonable, entre otras, como analizaremos en este trabajo.

De lo que no hay duda es que el debido proceso es la columna vertebral de todo el orden jurídico. Si el proceso es el mecanismo a través del cual se ejerce la acción y, con ella, el derecho subjetivo de quien toma la posición de actor, demandante o querellante; todo sujeto pasivo de esa acción debe tener la oportunidad de controvertir los hechos y el derecho en que se funda esa acción. El debido proceso garantiza la igualdad de armas en el proceso jurisdiccional y permite, entre otras facultades, el derecho a defensa y a presentar prueba, el derecho a controvertir la evidencia presentada en juicio, el derecho a un juez independiente e imparcial y a obtener una decisión jurisdiccional dentro de un plazo razonable, entre muchos otros que le dan materialidad.

Al final del día, el debido proceso nos permite decir que se hizo justicia. No basta que la decisión venga de un tribunal previamente establecido, sino que durante todo el proceso se debieron respetar las garantías

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Tribunal Constitucional con Perú*, 2001, párrafo 71.



judiciales de las partes involucradas. Solo ahí podemos afirmar que la sentencia es la expresión de la justicia.

Hay un ejemplo histórico excelente que da cuenta de la importancia del debido proceso y el respeto de las garantías fundamentales de las partes de un juicio. No solo debe hacerse justicia, sino que debe, manifiesta e indubitablemente, quedar en evidencia que se hizo justicia.

Se trata de un caso de 1924 que fue analizado en la Cámara de los Lores en Reino Unido² y en el cual se impugnaba una sentencia dictada por un tribunal inferior. El fundamento del recurso fue la eventual falta de imparcialidad del tribunal de la instancia pues su oficial judicial —o *clerk*— había trabajado en el despacho de uno de los abogados de la parte en favor de quien, finalmente, se dictó la sentencia. Eso, en principio podría no ser un problema, si no hubiera sido porque el oficial judicial se retiró junto con los miembros del tribunal en el momento en que estos iban a deliberar. Aunque todo indicaba que dicho oficial no había intervenido en ningún aspecto de la decisión, y así también lo declararon los jueces que concurrieron al fallo, ya se había producido un daño pues la mera apariencia de parcialidad afectaba el resultado del juicio. Se sostuvo entonces (Richardson Oakes y Davies, 2016: 461) que «era un requisito ético para los jueces y para quienes tomaran decisiones que se abstuvieran de conocer de un asunto si, desde la perspectiva de un observador razonable e informado, su imparcialidad puede encontrarse razonablemente comprometida (un estándar de apariencia)». En este fallo encontramos la célebre frase de lord Gordon Hewarts, juez presidente de la Cámara de los Lores: «Justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done». No debe únicamente hacerse justicia, sino que debe verse, manifiesta e indubitablemente, que se hizo justicia.

Este caso releva uno de los principios del debido proceso: el derecho a un juez independiente e imparcial y que está contenido como una ga-

2 *R versus Sussex Justices; ex parte McCarthy* [1924] 1 KB 256, 259. Como hecho anecdótico para nuestro contexto nacional es que la misma Cámara de los Lores usó esta frase y principio en la decisión de enero de 1999 que anuló la sentencia que originalmente dio lugar a la extradición a España de Augusto Pinochet. Esto debido a los vínculos que tenía la mujer de Lord Hoffmann, uno de los jueces que participaron en el fallo original, con Amnistía Internacional y él mismo con una entidad de caridad ligada a esta ONG; vínculos que dicho juez no reveló antes de participar en el proceso de extradición.

rantía en diversas disposiciones constitucionales e instrumentos internacionales.

Nos podrá gustar o disgustar una determinada decisión judicial, pero si ha quedado claro que se respetaron las garantías del debido proceso se puede afirmar que no solo se hizo justicia, sino que también pareció que se hizo justicia.

El debido proceso es un requisito fundamental en el Estado de derecho. Si éste se entiende como el respeto irrestricto y sumisión de los distintos órganos del Estado a la ley; el debido proceso se transforma en el medio de control de esa obligación.

Haciendo un paralelo para destacar la importancia de este concepto en un Estado de derecho, cuando afirmamos que no hay libertad sin que haya antes justicia, tampoco puede haber verdadera justicia sin que previamente se garantice un debido proceso.



Capítulo 1

Origen y conceptualización

Es imposible no vincular la garantía fundamental del debido proceso a un procedimiento jurisdiccional. Es a través de un procedimiento jurisdiccional que se reconoce el derecho de una de las partes, cuya titularidad ha sido controvertida; se determina la responsabilidad penal de una persona y se le impone una pena; entre otros innumerables objetos que puede tener la acción dentro de un proceso.

Esa asociación inmediata que hacemos, no obstante, nos hace olvidar que se trata de una garantía fundamental que se otorga a las personas frente a un poder que le corresponde al Estado, de manera exclusiva: la facultad jurisdiccional. Porque los tribunales, en cuanto forman parte del Poder Judicial, son también una expresión del Estado. Las garantías o derechos fundamentales, aun cuando son inherentes a las personas en cuanto tales, son un límite al poder del Estado.

Esto queda de manifiesto al revisar los orígenes históricos del reconocimiento de los derechos fundamentales en lo que, se ha dicho, es la primera constitución en el mundo, la Carta Magna de 1215, suscrita por el rey de Inglaterra Juan I (Juan Sin Tierra). La Carta Magna no fue una concesión graciosa del monarca, sino que fue la manera en que se puso fin a una sublevación de la nobleza y de la iglesia ante el rey, quienes exigían el reconocimiento de determinados derechos en su favor.

Fue con la Carta Magna de 1215 que se hizo el primer reconocimiento al debido proceso como derecho fundamental. Su capítulo 39 expresaba que «ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera; y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país». Como se ve, el debido proceso legal estaba ligado principalmente a casos criminales, aunque la referencia al desposeimiento de los bienes podría también relacionarse a casos patrimoniales. Esta también contempló el derecho al acceso gratuito a la justicia, la que además debía expedirse dentro de un término razonable, cuando prescribió en su capítulo 40 que «a nadie

venderemos, a nadie negaremos ni retardaremos el derecho o la justicia» (Soberanes Fernández, 2009).

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, fruto de la Revolución Francesa, también refirió a garantías fundamentales en materia procesal. En los artículos 7 y 9 aparecen de manera más manifiesta, referidos al ámbito penal, pero los valores y principios comunes del debido proceso se encuentran implícitos en todas las demás garantías y derechos consagrados en este instrumento. En el artículo 7 afirma que «ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la ley y en la forma determinada por ella». Luego el mismo artículo impone sanciones al expresar que «quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados». Esta corta frase le exige —tanto al juzgador como a quien ejecute las órdenes de este— que haya razonabilidad en las decisiones, ya que la razón es lo opuesto a la arbitrariedad.

El artículo 9 consagra la presunción de inocencia, que suele ser considerada más como una garantía penal, pero íntimamente ligada al debido proceso. En este caso hace un alcance a los actos de autoridad previos a la aprehensión de la persona a quien se pretende someter a juicio: «Puesto que cualquier hombre se considera inocente hasta no ser declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, cualquier rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley». El debido proceso debe aplicarse de manera amplia, tanto antes del ejercicio de la función jurisdiccional como durante y después.

El que los redactores de la Declaración se remitan constantemente a la ley y no hayan sido más concretos debe entenderse desde lo histórico y lo filosófico. Recordemos que el 14 de julio de 1789 se produjo la toma de la Bastilla, pero no fue el fin de la monarquía. Ahí comienza un proceso político e institucional que duró varios años hasta terminar en la República. Pero con este primer evento la monarquía pasa a un segundo plano de modo que la propia ley deja de ser expresión de la voluntad del monarca, para reconocerse como «la expresión de la voluntad general» (artículo 6). Ahora el pueblo decide qué, cómo y cuándo se ejercen los derechos, imponiendo como límite los derechos fundamentales (y obligaciones) que en la Declaración se consagraron. Por eso determina que «una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución» (artículo 16).



Ahora bien, no fue hasta la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América (1791) que se comenzó a usar el término «debido proceso». La Quinta Enmienda parte con una formulación general, asociada a garantías dentro de un proceso penal, expresando que nadie puede ser detenido sin denuncia o acusación previa formulada por un gran jurado. Prosigue con el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito, para finalizar con lo que nos interesa: «nadie puede ser privado de la vida, libertad o propiedad sin un debido proceso legal».

La Quinta Enmienda fue complementada en 1868 por la Decimocuarta Enmienda. Esta dispone en su número 1 que:

Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley 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 protección de las leyes, iguales para todos.

Según López Masle (2006: 185), se trató de una enmienda «orientada a conceder a los ciudadanos, frente a sus gobiernos estatales, la misma protección constitucional que la *Bill of Rights* les concedía frente al gobierno federal».

Los tribunales de los Estados Unidos han materializado el debido proceso legal en dos ámbitos: el procedimental y el sustantivo. En el primero, se busca salvaguardar garantías como el derecho a ser oído u oída en juicio, a ser notificado o emplazado legalmente y a ser juzgado por un tribunal competente. Por otro lado, el debido proceso legal en cuanto a su aspecto sustantivo plantea que el Estado no puede iniciar acciones en contra de las personas por ejercer otros derechos también garantizados por la Constitución. El debido proceso en su aspecto sustantivo es una garantía de no intromisión del Estado en los derechos y libertades de las personas. Por ejemplo, el Estado no puede perseguir, ni los tribunales de justicia pueden condenar a una persona por expresar su opinión ya que forma parte de su libertad de expresión. La libertad de expresión está consagrada en la Constitución, por tanto, no puede perseguírsele por ejercer los derechos que el constituyente le ha garantizado.



Nogueira Alcalá (2018: 416) hace alusión a la manera cómo el constituyente chileno recoge el debido proceso en el artículo 19 número 3 de la Constitución Política (CPR) y parece también identificar esta distinción de un debido proceso sustantivo y un debido proceso procesal en nuestra propia Carta Fundamental. El sustantivo —dice Nogueira Alcalá— hace exigible una «conducta y actuación razonable del juez o jueza en todas las etapas del procedimiento y la razonabilidad de las normas que lo regulen». Se entiende de aquello que el debido proceso sustantivo refiere a una condición o posición subjetiva del actuar del tribunal, en cuanto a que debe hacerlo de manera razonable, aplicando las disposiciones que rigen el proceso. Se daría cumplimiento a un debido proceso sustantivo si la decisión del caso descansa en la aplicación racional y estricta de la norma, tanto en lo procedimental como en los aspectos de fondo. En ese sentido, no sería muy distinto a lo que recoge la doctrina norteamericana, por cuanto implica el respeto a las garantías establecidas por la Constitución en la decisión del asunto por parte del órgano del Estado o del tribunal.

El debido proceso procesal, en cambio, es asociado por Nogueira Alcalá a que, al menos, se cumpla con el «emplazamiento, el derecho a defensa letrada, la bilateralidad y el principio de contradicción, el dictar la sentencia en un plazo razonable por un tribunal que tenga el carácter de objetivo e imparcial; y la posibilidad de lo resuelto o fallado por una instancia superior, igualmente objetiva e imparcial».

Sin embargo, esta interpretación parece no avenirse con la historia fidedigna, estampada en sus actas oficiales, del artículo 19 número 3 de la Constitución. López Masle (2006: 190 y 191) señala que estas evidencian que «los comisionados entendieron el debido proceso como un principio que comprendía múltiples otras garantías judiciales y consideraron favorablemente la posibilidad de que su consagración cumpliera una función integradora de derechos fundamentales». Y en su redacción habrían buscado la forma de evitar que todo el desarrollo y alcance que el concepto de debido proceso había tenido en el derecho de Estados Unidos se incorporara en Chile.

Es decir, se adopta el concepto de debido proceso y las garantías que lleva implícitas, pero se quiso disociar del origen y desarrollo jurídico que tuvo en los Estados Unidos puesto que derivaba de una tradición jurídica (*common law*) y una organización política (Estado federal) diversas a la nacional. De este modo los contornos y contenidos del debido

proceso podían evolucionar en el tiempo y ser desarrollados por nuestra propia jurisprudencia. Eso permite entender que nuestro constituyente no use directamente la expresión debido proceso y se inclinara por garantizar, primero, que las sentencias deban fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y, luego, prescribir que el legislador debe «establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos».¹

El origen del concepto en el derecho de los Estados Unidos ha sido recogido incluso por la Real Academia Española (2022), que en su Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define la expresión *proceso debido* como una «procedente del derecho constitucional norteamericano (*due process*) que se refiere al proceso judicial que debe entenderse como modelo paradigmático por contar con todas las garantías precisas para satisfacer el derecho fundamental de los litigantes o justiciables a la tutela judicial efectiva».

El debido proceso es un concepto complejo, pues dentro de él se incluyen de manera expresa o implícita numerosos principios que lo dotan de contenido. Como derecho fundamental es esencial no disociarlo de su origen, que va más allá de los instrumentos jurídicos internos o internacionales que lo han reconocido.

Al ser un derecho humano todos los órganos del Estado deben reconocerlo y salvaguardarlo, aun cuando no exista una norma legal escrita que lo haga, pues los derechos fundamentales son anteriores al Estado. Esto explica que un mismo cuerpo normativo pueda mantenerse inalterado en el tiempo y, sin embargo, ampliar los contornos y límites de su contenido material, de modo de proteger garantías y derechos fundamentales.

Así ha ocurrido con el debido proceso, donde es posible apreciar que los tribunales nacionales e internacionales —que son los que al final aplican la norma— han ido de manera progresiva reconociendo más y más principios asociados a esta garantía fundamental. De esta manera:

El derecho internacional ha reconocido principios y garantías del debido proceso que son comunes a todos los intervinientes en un proceso

¹ En su texto original el inciso respectivo del artículo 19 número 3 refería únicamente a un procedimiento racional y justo, y se amplió, tras la reforma constitucional de 1999, que permitió el establecimiento del nuevo sistema procesal penal. Dado el traspaso de la función investigativa al Ministerio Público, se incorporó el derecho a una investigación racional y justa.

judicial —víctimas e imputados, o demandantes y demandados—, algunas de las cuales tienen carácter de garantías inderogables, es decir, que no son susceptibles de suspensión, afectación o limitación bajo ninguna circunstancia. Entre los principios, derechos y garantías comunes se pueden mencionar los siguientes: principio de legalidad; principio de igualdad ante la ley y los tribunales de justicia; principio de publicidad procesal; derecho de acceso a la jurisdicción; derecho a un juez competente, independiente e imparcial, derecho a un juez natural predeterminedo por la ley; derecho a la tutela judicial efectiva; derecho a un juicio justo; derecho a un trato humano; derecho a la celeridad judicial y derecho a un recurso efectivo (Meléndez, 2008: 211 y 212).

El debido proceso se alza como un derecho fundamental de las personas, pero debe retenerse la idea de que constituye un límite a la actividad estatal. Primero, porque el debido proceso garantiza, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva que habilita a las personas a recurrir a los tribunales para buscar amparo ante una vulneración de sus derechos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos; y para dar por satisfecho este derecho se debe asegurar que los justiciables puedan hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables (García Ramírez, 2006).²

En conclusión, tanto la jurisprudencia y doctrina nacionales e internacionales han procurado no limitar en exceso el alcance conceptual y contenido del debido proceso. Este termina por construirse a partir de todas sus expresiones y derivaciones, por los derechos y garantías que deben entenderse incorporados a él.

Recién nos hemos referido al contenido material del debido proceso y cómo se ha ido concretizando en derechos y garantías específicas que deben ser respetadas por el Estado. Ahora bien, también ha ampliado su alcance y aplicación a órganos distintos de los tribunales, que even-

² García Ramírez (2006: 667) cita varios fallos, como el caso *Fermín Ramírez*, de 18 de junio de 2005, párrafo 78, el caso *Tribunal Constitucional* de 31 de enero de 2001, párrafo 68, como también la Opinión Consultiva OC-18/03, sobre condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

tualmente pueden ejercer funciones jurisdiccionales, como ocurre en la administración, por ejemplo, cuando determina responsabilidades funcionarias o en procesos sancionatorios de órganos fiscalizadores como las superintendencias.

En tal sentido, las profesoras Salmón y Blanco (2021: 18) resaltan que «el debido proceso supone el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos». En una constante, vuelve a aparecer que el debido proceso no se limita al órgano judicial sino a todo aquel que ejerce jurisdicción, alcanzando, como lo dicen las autoras, a cualquier entidad pública que, en todo caso, debe reconocer y respetar el debido proceso.

Sin embargo, el derecho al debido proceso se puede extender a órganos o instituciones totalmente privadas. Es común ver acciones de protección deducidos en contra de asociaciones o agrupaciones de derecho privado que han impuesto sanciones, a sus socios o miembros, en procesos internos que no han contemplado garantías procesales o el derecho a defensa. Ese carácter privado no obsta a que sea el Estado, a través de los tribunales o de otros órganos de fiscalización superior, quien garantice el respeto de los derechos fundamentales de quienes se han visto afectados por decisiones o resoluciones de este tipo.



Capítulo 2

Contenido según la normativa y jurisprudencia internacional y nacional

Como es de suponer, el tronco normativo del debido proceso no se encuentra limitado a las normas internas y, dentro de ellas, a la Constitución. Esta hace referencia a los principios propios del debido proceso, eminentemente en el artículo 19 número 3, aunque no está restringido a dicha disposición.

La Constitución de 1980 fue la primera en consagrar el debido proceso como derecho fundamental (Rodríguez Grez, 2001; López Masle, 2006), aunque algunos autores (García Pino y Contreras Vásquez, 2013) señalan que su incorporación es implícita y no expresa.¹ Sin embargo, antes ya había instrumentos internacionales que consideraban las garantías judiciales y el debido proceso, todos ellos ratificados por Chile, por lo que nuestro país ya se encontraba vinculado y obligado a respetarlas.² Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH) contempla en sus artículos 7, 8, 9, 10 y 11, derechos relacionados directa o indirectamente al debido proceso. El artículo 7 de dicha Declaración, junto con la igualdad ante la ley, también garantiza la igual protección de la ley. Esta protección igualitaria se expresa en el contenido sustantivo de las leyes que los Estados dicten, pero también en la forma en que las personas pueden exigir, al Estado y sus órganos, la protección de los derechos establecidos en ellas por medio de actuaciones jurisdiccionales o peticiones administrativas.

1 Para García Pino y Contreras Vásquez el derecho a tutela judicial y el derecho al debido proceso no están reconocidos expresamente en la CPR y se trataría de derechos implícitos, esto es, surgen de la expansión del contenido de otros derechos sí explicitados, por la vía de interpretación jurisdiccional, al aplicarles supuestos fácticos nuevos.

2 Aunque la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos habían sido suscritos por Chile a fines de los años sesenta, por distintos motivos entraron en pleno vigor después de 1989.



De allí que el artículo 8 de la DUDH manifieste que «toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley».³ En otras palabras, un derecho sin protección o amparo efectivo no es más que una simple declaración de principios.

Como lo expresaremos en las páginas que siguen, cuando el artículo 8 de la Declaración habla de recurso, no lo limita a los medios de impugnación de sentencias o como expresión del derecho a la instancia. Recurso se debe entender en sentido amplio, como ejercicio de la acción o el derecho a petición.

Los artículos 9 y 10 de la Declaración están íntimamente vinculados. La primera disposición, al imponer la prohibición de ser detenido, apresado o desterrado de manera arbitraria, hace alusión al debido proceso: lo racional es la antítesis de lo arbitrario, y la racionalidad es un elemento propio del debido proceso. Como muestra, el inciso sexto del número 3 del artículo 19 de la Constitución impone al legislador la obligación de establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Como también veremos, el derecho a ser oído por un tribunal independiente e imparcial es un principio propio del debido proceso. Y así es como el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos garantiza que «toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal». La disposición transcrita deja en claro que este derecho no se limita al ámbito penal, ya que el concepto de determinación de sus derechos y obligaciones es tan amplio que puede incluir tanto acciones civiles como actuaciones ante autoridades administrativas que realicen actos propios de la jurisdicción.

³ El derecho al recurso no debe entenderse en un sentido procesal, es decir, como el derecho a un medio de impugnación de resoluciones jurisdiccionales o, como se ha dicho también, un derecho a la instancia. La noción detrás de esta disposición es más amplia, abarcando, por cierto, el derecho a la acción, pero no limitado a lo jurisdiccional, pues se ha entendido que también incluye el derecho general de petición a la autoridad administrativa.



Finalmente, el artículo 11 de la Declaración garantiza la presunción de inocencia, principio sin el cual sería innecesario siquiera la existencia de un juicio.

En el ámbito interamericano, los derechos fundamentales referidos al debido proceso se concentran en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), también conocida como Pacto de San José de Costa Rica.

El artículo 8.1 de la CADH parte señalando que «toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».

Luego, el número 2 del mismo artículo 8, tras consagrar la presunción de inocencia como derecho fundamental, concreta las garantías mínimas que, en materia penal, suponen un justo y debido proceso. Dice el artículo 8.2:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado 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 inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado 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 inculpado 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;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Por la forma en que está redactado este párrafo —al referir como titular a la persona inculpada de un delito— se podría colegir que las garantías del artículo 8.2 se restringen al ámbito penal. Sin embargo, la CIDH ha aclarado en diversos fallos que esas mismas garantías son extensivas a todo otro tipo de procesos jurisdiccionales. Tanto en el caso *Tribunal Constitucional con Perú* como en el caso *Paniagua Morales con Guatemala* ha sostenido que:

A pesar de que el citado artículo [8] no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido [para asuntos penales] en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal.⁴

Las garantías del artículo 8 de la CADH se complementan con el derecho a la protección judicial que consagra el artículo 25 sobre protección judicial:

Artículo 25. Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados parte se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

⁴ Caso *Tribunal Constitucional con Perú* (2001), párrafo 70 y caso *Paniagua Morales y otros con Guatemala* (1998), párrafo 149.

- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Algunos autores señalan que la CADH no circunscribe la garantía del debido proceso únicamente a estos dos artículos. Esta se debe entender incorporada a otras disposiciones y derechos. A modo ejemplar, García Ramírez (2006), estima que el debido proceso se podría entender implícitamente incluido en el artículo 4 que, aunque propiamente consagra el derecho a la vida, establece diversas garantías y requisitos de procedimiento en casos donde vaya involucrada la pena de muerte.

En un sentido similar, la profesora Loayza Tamayo (2012) sostiene que si se siguen los criterios que la misma CIDH manifiesta en algunas de sus sentencias y opiniones consultivas, se puede entender ampliado el ámbito de influencia. El debido proceso vendría a servir de medio para ejecutar y concretar las demás garantías fundamentales dado el compromiso general que asumen los Estados parte en el artículo 1.1 de la CADH de respetar los derechos humanos.⁵

La CIDH en el párrafo 118 de su Opinión Consultiva 16/99 ya señaló:

Los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, «sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho» y son «condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial». Entonces, el debido proceso sería, en efecto, el medio para hacer efectivos los demás derechos consagrados en la Convención.

5 Artículo 1.1 de la CADH: «Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».



Capítulo 3

Derechos fundamentales que derivan de la garantía del debido proceso

Tanto la jurisprudencia de los tribunales internacionales como la de los nacionales ha ampliado progresivamente el sentido y alcance del debido proceso en tanto derecho fundamental. Por esto es cada vez más complejo determinar su contenido y extensión. Los profesores Carbonell y Letelier (2021: 347) destacan que en la doctrina y en aquellas decisiones judiciales en que el debido proceso tiene un rol relevante hay una «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».

Lo dicho por ellos no sorprende si nos remitimos a lo ya indicado respecto de la consagración constitucional de la garantía del debido proceso. El constituyente de 1980, cuando prescindió de una enumeración de derechos asociados a la garantía, quiso que fuera la jurisprudencia la que le diera contenido material, pues este podía ir evolucionando con el tiempo.

Ambos autores consideran que en Chile la garantía del debido proceso se circunscribe a cuatro grupos de derechos, los cuales están explícitamente consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por nuestro país. Estos son aplicables tanto a procesos civiles,¹ contencioso-administrativos y penales. En primer término, mencionan el derecho a un juez independiente, imparcial, predeterminado por la ley y competente, que estaría considerado en el artículo 19 número 3 inciso quinto de la Constitución y en los artículos 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (PIDCP). El segundo derecho reconocido será el derecho a un proceso legalmente tramitado, que encontraría su

¹ Debemos entender la jurisdicción civil en sentido amplio, que incluye los procesos judiciales ante tribunales de familia y del trabajo.



base en el inciso sexto del número 3 del artículo 19 y que sería la concreción, en el ámbito jurisdiccional, del principio de legalidad (artículo 6 de la Constitución).

En tercer lugar, está el derecho a un proceso público. Aunque reconocen que en la Constitución no hay una consagración explícita respecto de los procesos judiciales, sí lo estaría por la extensión del artículo 8 inciso segundo de esta. Si todos los actos, resoluciones de los órganos del Estado y sus fundamentos son públicos; el proceso, en tanto acto de un órgano del Estado como lo es un tribunal, también sería público, salvo las excepciones legales. Ahora bien, el artículo 14.1 del PIDCP sí dispone que «toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente».²

El cuarto grupo de derechos fundamentales que integran la garantía del debido proceso estaría dado por el derecho a la defensa. Los autores afirman que se refiere a la defensa material —como la oportunidad de las partes de un proceso de presentar su caso— y a la defensa técnica, como el acceso del justiciable a un abogado defensor.

Aun cuando esta sistematización parece interesante, se hace necesario abrir la garantía del debido proceso para conocer de mejor manera cómo la doctrina y decisiones judiciales han expandido el concepto. De todas maneras, y como se advertirá, los contornos de cada una de las expresiones pueden ser difusos entre cada uno de los derechos que lo componen.

El derecho a la acción o tutela judicial efectiva

Partamos de una base conceptual, contemplada en el inciso cuarto del artículo 1 de la Constitución: «El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe

2 Con todo, el mismo artículo establece limitaciones a la regla general de publicidad que buscan resguardar otros derechos que podrían ponerse en riesgo con la publicidad de los juicios: «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». En Chile, por ejemplo, las causas de familia son de acceso restringido y no son visibles para los terceros ajenos al juicio, estando a tono con la prescripción del artículo 14.1 del PIDCP.



contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece».

Esta base de la institucionalidad impone lo que algunos autores han llamado el principio de servicialidad. El Tribunal Constitucional ha dicho que la «consagración del principio de servicialidad del Estado es una garantía de buena fe y lealtad estatal que vendría a complementar los elementos puramente formalistas reconocidos en el artículo 7 de la Constitución, de una manera sustancialista, reconociendo la primacía del sentido finalista propersona».³

Producto del principio de separación de poderes se tiende a olvidar que los tribunales de justicia forman parte del Estado y que la administración de justicia es un servicio público. Entonces, siendo los tribunales parte integrante del Estado, estos se encuentran igualmente vinculados al principio de servicialidad, de modo que su acción debe poner a las personas en el centro. El Tribunal Constitucional dice también que el principio de servicialidad:

Irradia su funcionalidad al resto de las normas constitucionales. De tal suerte que aquellas «funciones y atribuciones» que las leyes confieren a los diferentes organismos de la administración del Estado, conllevan en sí mismas el deber de ejercerlas, sobre todo cuando son otorgadas con el fin de concretar derechos especialmente reconocidos por la Constitución. Así, el retardo o demora de la administración en atender dichas funciones y atribuciones, concebidas para garantizar los derechos de los ciudadanos y la utilidad de las personas, no puede generar una situación de menoscabo o perjuicio para ellas, siempre que esa dilación no les sea imputable.⁴

Siguiendo esta doctrina, el principio de servicialidad del Estado aplica también a los tribunales de justicia. Esto queda de manifiesto en el artículo 76 de la Constitución que consagra que los tribunales de justicia tienen la facultad exclusiva de conocer las causas civiles y criminales,

3 Sentencia Tribunal Constitucional 2.693, considerando decimoctavo, y en el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional 2.921, considerando octavo y 3.028.

4 Sentencia Tribunal Constitucional 3.146, considerando decimoctavo y decimonoveno, y sentencias 3.874; 5.025; 5.654; 7.015.



de resolverlas y de ejecutar lo juzgado y que, una vez reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, estos no pueden excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de una ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión.

Esta expresión sirve para entender el rol que les cabe a los tribunales en la protección de los derechos de las personas y nos vincula a la primera y más básica de las expresiones del debido proceso: el derecho a la acción, también denominado tutela judicial efectiva. No puede haber un proceso debido sin el proceso y no puede existir sin que se ejerza una acción.

Aguirrezábal Grünstein (2013) entiende el derecho a la tutela judicial efectiva como el derecho de toda persona de requerir a un órgano jurisdiccional para que atienda la pretensión que se tiene contra otra persona, por medio de un proceso con garantías mínimas. Si bien esta definición parece apropiada, deja fuera aquellos casos en que el justiciable requiere la intervención judicial por aspectos meramente declarativos, donde no hay una contraparte contra quien hacer valer ese derecho, sino respecto de toda la comunidad, o cuando requiere la intervención de los tribunales para la jurisdicción voluntaria.

La tutela judicial efectiva debe entenderse como un derecho que tiene una obligación correlativa en que el titular obligado es el Estado y, particularmente, el órgano jurisdiccional. Según García Pino y Contreras Vásquez (2013: 244):

La noción de «derecho a la tutela judicial» importa el reconocimiento de un derecho prestacional que recaba del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela, y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales.

En nuestra normativa jurídica no hay una consagración explícita de un derecho a la acción o la tutela judicial efectiva. Con todo, la doctrina lo entiende implícito dentro del artículo 19 número 3 de la CPR, concretamente en su inciso primero, cuando señala que la Constitución asegura a todas las personas «la igual protección en el ejercicio de sus derechos», puesto que, como lo asegura Bordalí Salamanca (2010: 717) «se podría entender que relaciona los derechos de los individuos con la actividad jurisdiccional».



Por su parte, Silva Bascuñán (2006: 142) ha afirmado, respecto del inciso primero del artículo 19 número 3 que:

La norma en análisis busca asegurar a todos, en un plano de igualdad jurídica y sin discriminación, la posibilidad de recurrir ante cualquiera autoridad —incluyendo por cierto a los tribunales— para pedir la protección de sus derechos. Se trata, por lo tanto, de entregar a cada persona la posibilidad de actuar en el ejercicio de sus derechos, de que nadie esté impedido de ejercer esa actividad, de remover los obstáculos que impidan que, en el hecho, se accione ante la jurisdicción que corresponda para lograr que los derechos asegurados por la Carta efectivamente puedan ejercerse.

Para Evans de la Cuadra (2004: 140) la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos deriva en el aseguramiento y disponibilidad de un órgano jurisdiccional para tutelar dicho ejercicio legítimo que se ha visto embarazado; «dentro de la idea de la igual protección de los derechos y en el evento de que uno de ellos sea atropellado o en los casos en que se produzcan discriminaciones [...] y no exista ley o tribunal que regule el cómo y ante quién accionar, el conocimiento y fallo del reclamo pertinente corresponden a los tribunales ordinarios de justicia».

La norma establecida en el inciso primero del artículo 19 número 3 viene a establecer, a falta de otro órgano competente, que los tribunales de justicia serán quienes presten la debida tutela de los derechos que puedan verse afectados por terceros distintos de su titular.

A nivel internacional, la DUDH establece que «toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal» (artículo 10), mientras que el PIDCP consagra en el artículo 14.1 que «toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal». Se complementan estas disposiciones con las de los artículos 8.1 y 25 de la CADH, que expresan el mismo derecho y el derecho al recurso.

La tutela judicial efectiva se refiere también al aseguramiento de los medios a través de los cuales se ejerce la acción, de manera que no basta con tener reglas o establecer formalidades para su ejercicio o con tener los órganos jurisdiccionales a disposición de las personas. Como dice Cea Egaña (2012: 144), la igual protección de la ley presupone, además de lo anterior, que «la gente, en especial la de modestos recursos o de los grupos infraprotegidos, disponga, en la realidad, de medios adecuados



para lograr que sus derechos sean legalmente cautelados». Es decir, la tutela judicial no podría ser efectiva si con el establecimiento del órgano encargado de cautelar los derechos de las personas no se disponen de los medios para ejercer efectivamente el derecho que será objeto de la acción.

Tales medios no son, por cierto, puramente económicos, como cuando se garantiza que la administración de justicia será gratuita o que, a falta de medios económicos, las personas tendrán de igual manera acceso a defensa letrada. El derecho a la tutela judicial efectiva debe incluir todos los medios que permitan el acceso de todas las personas, incluidos los grupos más desfavorecidos, a los tribunales para la determinación de sus derechos subjetivos. De allí que, como lo veremos en los aspectos referidos al acceso a la justicia, se suele incluir el acceso al derecho entendido como el acercamiento al conocimiento y entendimiento de la norma jurídica.

En consonancia con esta materialización efectiva del derecho a tutela judicial, diversos tratados internacionales lo han incorporado de manera explícita en favor de ciertos grupos que pueden sufrir limitaciones de base en el ejercicio de sus derechos, como son, por ejemplo, las personas mayores o los niños, niñas y adolescentes. Estas limitaciones pueden ser físicas, cognitivas o derivadas de la falta de capacidad de ejercicio según las normas generales. Al depender de terceros, los Estados se comprometen a cautelar especialmente las garantías y derechos de esos grupos.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIPDHPM), de 2015, contiene, por ejemplo, la protección judicial efectiva de las personas mayores como uno de sus principios generales (artículo 3 letra n).⁵ También se impone como deber de los Estados parte la adopción y fortalecimiento «de todas las medidas legislativas, administrativas, *judiciales*, presupuestarias y de cualquier otra índole, *incluido un adecuado acceso a la justicia* a fin garantizar a la persona mayor un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos» (el destacado es nuestro).

Finalmente, el artículo 31 de dicha convención reitera casi de manera literal lo que expresan los demás textos internacionales precitados en

5 Promulgada por el Decreto 162 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 1 de septiembre de 2017, publicado en el *Diario Oficial* de 7 de octubre de 2017. Texto oficial disponible en <https://bcn.cl/2flog>.



torno a la tutela judicial. En tal sentido, pareciera que no aporta mayormente en torno a la tutela judicial efectiva en cuanto consagra el derecho de las personas mayores a ser oída por un juez o tribunal. Sin embargo, los Estados parte suben el estándar de protección, comprometiéndose a ajustar los procedimientos en los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas. De esta manera se asegura que la protección judicial de los derechos sea efectiva.

Los niños, niñas y adolescentes (NNA) son otro grupo al que los tratados internacionales dan, respecto de la tutela judicial efectiva, una protección especial. El artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, (CDN),⁶ confiere a este grupo la «oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo» que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Coherentemente la Ley 21.430 sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia dispone en el inciso primero de su artículo 50, bajo el título: «Debido proceso, tutela judicial efectiva y especialización», que:

Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a que en todos los procedimientos administrativos y judiciales se le respeten las garantías de un proceso racional y justo, y se le aseguren, entre otros, el derecho de tutela judicial; el derecho a ser oído; el derecho a ser informado del procedimiento aplicable y de los derechos que le corresponden en el proceso; el derecho a una representación jurídica y/o judicial distinta de la de sus padres y/o madres, representantes legales, o de quienes los tengan legalmente bajo sus cuidado, en caso de intereses incompatibles; el derecho a una representación judicial especializada para la defensa de sus derechos; el derecho a presentar pruebas idóneas e independientes; el derecho a recurrir; así como los derechos y garantías que le confieren la Constitución Política de la República, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes y las leyes.

Del texto expreso de la norma se puede leer que el legislador ha concretado por vía legislativa el derecho a la tutela judicial efectiva, estatu-

6 Promulgada por el Decreto 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 14 de agosto de 1990, publicada en el *Diario Oficial* de 27 de septiembre de 1990. Texto oficial disponible en <https://bcn.cl/2fel2>.



yendo en favor de los NNA el derecho a ser oído y a ser informado del procedimiento y de los derechos que le corresponden en el proceso.

Ahora bien, como su nombre lo indica, el derecho a una tutela judicial impone la obligación de que la protección sea... efectiva.

No basta con la posibilidad de acceder al órgano jurisdiccional o con el derecho a defensa o con todas las derivaciones sustantivas y adjetivas que este tiene. Para que se entienda que hay tutela judicial efectiva debe expresarse desde el principio, durante su desarrollo y hasta el final del proceso: en la sentencia. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago,⁷ conociendo de una apelación de la sentencia recaída en una reclamación tributaria dictada por un tribunal tributario y aduanero, no acogió la apelación, sino que la anuló de oficio y ordenó emitir un nuevo fallo, precisamente porque se había privado al reclamante de una tutela judicial efectiva. Puede parecer contradictorio, si el reclamante tuvo el acceso al órgano jurisdiccional y a presentar su caso. Pero nada de eso basta, si ese derecho no se manifiesta de manera efectiva durante el proceso. En tal sentido la Corte de Apelaciones de Santiago ha indicado que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a tener una sentencia motivada y fundamentada, en la cual se analice la prueba rendida:

Tercero: Que se hace necesario consignar que la acción intentada en autos es un contencioso administrativo y, como tal, constituye esencialmente una forma de control judicial de las actuaciones de la administración. La reclamación tributaria es un recurso de plena jurisdicción, encaminado a que el tribunal declare en su sentencia el derecho que el contribuyente pretende, como titular del interés lesionado.

En el caso de la especie, el acto administrativo sometido a tutela judicial es la Resolución Exenta número 1520086, de 11 de diciembre de 2015, que el contribuyente impugna sobre la base de los antecedentes fácticos y jurídicos expresados en el libelo de fojas 8 y siguientes, solicitando como petición concreta al tribunal que el acto sometido a tutela sea dejado sin efecto.

En el contexto analizado, el ámbito del conflicto que debía resolver el Tercer Tribunal Tributario y Aduanero está delimitado por el acto reclamado que contiene la pretensión de la administración del Servicio de

⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de enero de 2023, rol de ingreso 180-2022.



Impuestos Internos, y el reclamo de autos que recoge la impugnación del contribuyente y la pretensión de dejar sin efecto el acto reclamado.

El Servicio se limita a contestar la reclamación defendiendo la actuación realizada en fase administrativa, sin necesidad de rendir prueba. En consecuencia, ha de concluirse que corresponde al sentenciador, en el ejercicio de su actividad jurisdiccional, revisar y controlar el acto administrativo y para ello debe analizar la prueba aportada al juicio por el reclamante, pues, de esa forma, estará en condiciones de resolver el conflicto jurídico planteado.

Cuarto: Que el artículo 132 inciso undécimo del Código Tributario, antes de su modificación legal, establecía respecto de la prueba que el reclamante podía presentar en juicio, como norma de excepción, una limitación, en el caso de documentos que el SII hubiera solicitado «determinada y específicamente» al reclamante en la citación, denominada «inadmisibilidad probatoria». Sin embargo, en el caso que se revisa la sentenciadora en el motivo tercero transcribe la documentación requerida al contribuyente en la notificación folio número 140226833 de 30 de junio de 2014, emitida por el SII, en la cual se informó al contribuyente que el día 22 de julio de ese año se debía presentar en la oficina del SII con la documentación solicitada, con el fin de corroborar su correcta declaración del impuesto a la renta, «actividad que la sociedad contribuyente no cumplió porque no puso en conocimiento de la autoridad fiscalizadora los antecedentes que acreditaran su pretensión».

De lo que se viene razonando no puede sino concluirse que la sentencia de autos aparece desprovista de la motivación y fundamentación necesaria connatural a la jurisdicción e ineludible en su ejercicio, lo que impide a este tribunal de segundo grado el correcto ejercicio de revisión, en tanto la integridad de la prueba documental no fue valorada; operación que constituye un deber para el juzgador y, a la vez, un derecho del justiciable, que constituye la concreción de la tutela judicial efectiva y que afecta el derecho de la recurrente a un racional y justo procedimiento. Por otro lado, tampoco resulta procedente que este tribunal subsane la omisión que se advierte, en tanto limitaría el derecho de las partes a recurrir de apelación y a cuestionar la racionalidad de los hechos que, conforme a los elementos de convicción, se pudieran asentar en los términos que exige el artículo 132 del Código Tributario.

Quinto: Que a lo anterior se agrega que los principios que informan el derecho a defensa permiten concluir que es una obligación del sentenciador de primer grado conocer y fallar los reclamos que se le presenten, pronunciándose sobre todas las pretensiones contenidas en la acción y



valorar la prueba aportada. Sin embargo, en la sentencia recurrida es evidente que la juzgadora, al concluir descartar sin justificación legal la prueba documental producida por la reclamante, afectó gravemente la posición jurídica de esta, lo que debe ser corregido en aras de respetar las normas del debido proceso consagrado en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales, suscritos y ratificados por Chile.

En un sentido similar, la Corte Suprema reafirma que el derecho a la tutela judicial efectiva trasciende el mero ejercicio de la acción y se encuentra amparado desde que la acción judicial se provee hasta el pronunciamiento de una decisión judicial definitiva:

Por último, no se debe olvidar que el derecho a la acción está amparado constitucionalmente desde que se provee, para la protección de los derechos e intereses legítimos, la tutela referida al ejercicio de la acción en el marco de un debido proceso. Pero más allá de eso, la tutela judicial efectiva de los derechos de las personas trasciende el mero ejercicio de la acción y el inicio del procedimiento destinado a que aquella sea sustanciada; la efectividad en la protección cubre también el espectro de que sea totalmente tramitado el proceso, se obtenga una sentencia definitiva que decida el conflicto, y que la misma se pueda cumplir. Bajo esta mirada del derecho a la acción y a la sustanciación integral del proceso para obtener la decisión judicial definitiva y ejecutarla, vuelve a cobrar relevancia la excepcionalidad de las sanciones procesales que impiden la prosecución del juicio, y, el imperativo de interpretar restrictivamente las normas que las consagran. Es en relación a los límites en el ejercicio de la acción que el profesor Alejandro Romero ha expresado que: «Se podría decir que en relación al ejercicio de este derecho existe como pauta rectora el principio *pro actione* en virtud del cual los órganos judiciales deben interpretar los diferentes requisitos y presupuestos procesales de un modo más favorable con el derecho constitucional a obtener la protección judicial de los derechos, debiendo rechazarse *in limine litis* las tesis rígidas o formalistas que puedan privar a las personas de obtener una tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos» (Alejandro Romero Seguel, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Santiago, Thompson Reuters, 2014, p. 69).⁸

⁸ Sentencia Corte Suprema, 30 de diciembre de 2022, rol ingreso número 32.275-2022.



Como se ve, el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque se exprese comúnmente en el derecho a la acción, alcanza otras expresiones del debido proceso, como se verá a continuación.

Acceso a la justicia y acceso al derecho

Todas las expresiones del debido proceso se entrelazan. No es posible concebirlas de manera autónoma e independiente, por eso se considera como un derecho complejo en su contenido. La base conceptual de toda protección de derechos está dada por el respeto a la dignidad de la persona humana, que le viene dada por su propia naturaleza, como lo reafirma la primera parte del inciso segundo del artículo quinto de la Constitución.

El catálogo de derechos y garantías que esta reconoce es una manifestación de aquello, pero también existen otros instrumentos jurídicos de aplicación necesaria por los órganos del Estado en el ejercicio de su función pública como son los tratados internacionales ratificados por Chile.

En tal sentido, los tratados y convenciones internacionales vienen a complementar las garantías fundamentales reconocidas de manera directa por nuestra Constitución. Debe, por tanto, considerarse el contenido de los derechos fundamentales en un sentido amplio, tomando como base los reconocidos expresamente por el constituyente, pero incorporando conceptos e incluso garantías establecidas en esos tratados confirmados por nuestro país y que se refieran a la protección de los derechos humanos.

Las garantías judiciales son un ejemplo de ello. De inmediato pensamos en el artículo 19 número 3 de la Constitución, y en otras disposiciones aisladas, como el establecimiento de una acción indemnizatoria en casos de error judicial (artículo 19, número 7) y la organización del Poder Judicial, contemplada en el capítulo 6 donde se recogen algunos imperativos para los órganos jurisdiccionales, relacionados precisamente a las garantías judiciales, como, por ejemplo, la inexcusabilidad para conocer de las causas en que se requiera su intervención.

El artículo 19 número 3, como se ha dicho, refiere directa y explícitamente a una igual protección de la ley en el ejercicio del derecho a defensa, de la legalidad del procedimiento y del tribunal y, en materia penal, a la irretroactividad de la ley penal y la tipicidad previa del delito.



El debido proceso se entiende incorporado por medio de la garantía de un justo y debido procedimiento.

Ahora bien, existe otra expresión del debido proceso que tampoco se agota en el derecho a la tutela judicial efectiva ni en el derecho a defensa. Se trata del acceso a la justicia. Es cierto, este se vincula al derecho a la tutela judicial efectiva, pero no se limita al derecho a la acción. El acceso a la justicia se ha transformado en un concepto que, sobre todo a través de las decisiones de la CIDH, se ha ido dotando de contenido propio.

También se vincula, por cierto, al principio de inexcusabilidad de los tribunales, contemplado en el artículo 76 de la Constitución. El acceso a la justicia y la inexcusabilidad van íntimamente ligados de manera que, si un tribunal se excusa de conocer un asunto, deniega el acceso a la justicia.

En diciembre de 2022 la Corte Suprema declaró que el acceso a la justicia es un aspecto del debido proceso y que forma parte del derecho a la acción:⁹

Noveno: Que, en efecto, y aun cuando se acude por el tribunal al concepto de incompetencia absoluta, lo cierto es, que en estricto rigor se priva a los involucrados, en la especie a la recurrente, de su derecho de acceder a la jurisdicción, desatendiendo con ello, entre otros, el principio de inexcusabilidad que la Constitución Política de la República consagra en su artículo 76, texto que reconoce exclusivamente a los tribunales establecidos en la ley la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado.

Añade el texto que «reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión». Esta última prevención es reiterada en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales.

El recién referido principio de inexcusabilidad debe necesariamente ser vinculado a la noción de debido proceso y, específicamente con el ejercicio del derecho de acción, en cuanto prerrogativa de naturaleza fundamental que incluye no solo el acceso a la justicia sino también el amparo y tutela efectiva del derecho sustantivo que se reclama (así lo proponen los profesores Luis Guilherme Marinoni, Álvaro Pérez Ragoné, y Raúl Núñez Ojeda, en su obra *Fundamentos del proceso civil*.

9 Sentencia Corte Suprema de 30 de diciembre de 2022, rol ingreso número 135.557-2022.

Hacia una teoría de la adjudicación, Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing, 2010, pp. 195-206).

De esta manera, no es extremo reconducir este concepto a la idea de que la inexcusabilidad, además de expresarse como una prohibición al tribunal de eludir la decisión de la cuestión que se somete a su conocimiento, también configura la proscripción de apartar del control jurisdiccional cualquier asunto que, cumpliendo las exigencias del artículo 76 de la Constitución Política de la República, deba caer bajo el amparo del órgano jurisdiccional correspondiente, conclusión que se ve claramente reafirmada y complementada con el tenor del inciso segundo del artículo 38 de la Carta Magna, al señalar que «cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

Ninguna duda cabe que en la especie se está en presencia de un conflicto de relevancia jurídica que genera y hace operativo el poder deber entregado a los tribunales para conocer de él y de resolverlo por la vía del instrumento denominado proceso, y con efecto de cosa juzgada.

Décimo: Que, en concordancia con lo anterior, no es posible soslayar que el ordenamiento jurídico, partiendo por la Carta Fundamental, otorga al ciudadano la garantía básica de un justo y racional procedimiento para ser sustanciado y resuelto ante un tribunal imparcial, que debe sujetarse a la ritualidad que la ley contempla para llevar adelante el proceso, y, lo que es de suyo relevante, quedando aquél también sujeto al sistema de ponderación de las pruebas que ha predeterminado el legislador.

En este fallo se confirma que los tribunales deben garantizar el acceso a la justicia cada vez que hay un conflicto de relevancia jurídica.

Algunos podrán sostener que el derecho de acceso a la justicia está implícito en el inciso primero del artículo 19 número 3 de la Constitución, cuando se garantiza a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, del texto mismo de esta garantía solo aparece de forma manifiesta del derecho a la defensa letrada (o defensa técnica), asegurándole también a los y las justiciables que la ley arbitrará «los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos».



Como lo reconoce Vargas Pavez,¹⁰ el derecho de acceso a la justicia se sostiene en una concepción «más amplia y acorde a las tendencias procesales modernas que incluye —además de la asesoría jurídica y la representación judicial— el empoderamiento legal y los mecanismos colaborativos de resolución de conflictos, todo ello con una clara orientación hacia los usuarios y usuarias». Un derecho verdaderamente garantizado es el que se expresa de manera concreta, ya que de otro modo quedaría al amparo de una interpretación judicial o constitucional, tanto en su existencia, como en su contenido.

El acceso a la justicia comprende distintos aspectos, partiendo por el más evidente, que es el derecho a la tutela judicial efectiva de los órganos jurisdiccionales del Estado. Y por ser un concepto que abarca diversos contenidos, el acceso a la justicia, según Lovatón Palacios (2009: 230):

Debería contemplar medidas de promoción de otros mecanismos no judiciales o no estatales de respuesta satisfactoria a las necesidades jurídicas de los ciudadanos y ciudadanas [...] que, con frecuencia, ni siquiera tienen la posibilidad de acudir a los tribunales, como es el caso de muchos pueblos indígenas.

En el mismo sentido, la ya citada CIPDHPM en su artículo 31 contiene dos disposiciones claras; una, el aseguramiento de que las personas mayores tengan acceso efectivo a la justicia, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimientos. Luego, impone a los Estados parte el desarrollo y fortalecimiento de políticas públicas y programas dirigidos a promover mecanismos alternativos de solución de controversias.

Se presenta aquí un aspecto relevante del acceso a la justicia, y es que este no se agota en la decisión de un órgano jurisdiccional, en una sentencia. También puede satisfacerse con salidas derivadas de modos alternativos de solución de conflictos, como la mediación. El acceso a la justicia debe entenderse en un sentido amplio, ya que en la medida que las y los justiciables encuentren satisfecha su pretensión, se habrá cumplido con el objetivo de protección.

A nivel interamericano, la construcción del derecho de acceso a la justicia se ha hecho a partir de la vinculación entre los artículos 8 y 25

¹⁰ Macarena Vargas Pavez, «Acceso a la justicia y defensa de víctimas», *El Mercurio Legal*, 27 de enero de 2021, disponible en <https://bit.ly/3Q2YUUN>.

de la CADH. El artículo 8.1 establece, como ya lo hemos dicho, la base del justo y debido procedimiento:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Como lo manifiesta el expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cançado Trindade (2012: 297-298), la consagración del derecho de acceso a la justicia en el sistema interamericano «no se reduce al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial (tanto interna como internacional), sino comprende, además, el derecho a la prestación jurisdiccional [...]. El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, *lato sensu*, el derecho a obtener justicia. Configurase, así, en suma, como el derecho a la propia realización de la justicia».

Nótese que, a diferencia de la Constitución, esta garantía se expresa en términos más amplios, pues incorpora la obligación de los Estados parte de la CADH de que se haga justicia, pero dentro de un plazo razonable. La norma, por lo demás, es equivalente a la del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, donde el acceso oportuno a la justicia ha sido desarrollado en numerosos fallos.

Por su parte, el artículo 25 de la Convención Americana consagra el derecho a la protección judicial. Esta se manifiesta a través del «derecho al recurso» e insiste en la celeridad como componente, estableciendo que el recurso debe ser «sencillo y rápido», pero también «efectivo», lo que significa que debe permitir la tutela judicial de los derechos del afectado.

Según Cançado Trindade «uno de los componentes principales de ese derecho es precisamente el acceso directo a un tribunal competente, mediante un recurso efectivo y rápido, y el derecho a ser prontamente oído por dicho tribunal, independiente e imparcial, a niveles tanto nacional como internacional (artículos 25 y 8 de la Convención Americana)». El derecho de acceso a la justicia viene a ser, en sus palabras (2012: 298) «un verdadero derecho al Derecho, o sea, el derecho al ordenamiento jurídico —a niveles tanto nacional como internacional— que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana».



Más allá de la construcción teórica del derecho de acceso a la justicia como autónomo de las demás garantías procesales y de debido proceso, las sentencias de la CIDH dan cuenta de la forma en que los Estados deben expresar dicho derecho de acceso. Así se recogen por ejemplo sentencias que establecen que (Bernalés Rojas, 2019):

- a. Es un derecho que le cabe tanto a la víctima como a sus familiares, sobre todo en casos de derechos humanos, donde el directamente afectado puede estar muerto o desaparecido.
- b. El derecho de acceso a la justicia busca impedir la impunidad.
- c. Los Estados deben adoptar las medidas que sean necesarias para facilitar el acceso a la justicia y eliminar los obstáculos para ello. Los ordenamientos jurídicos deben contemplar que los tribunales actúen de oficio o a petición de parte, de acuerdo con las necesidades del proceso. Un ejemplo clásico de obstáculos de acceso a la justicia es la obligación de pago de derechos (2 UTM) para apelar en casos de propiedad industrial contemplado en el artículo 18 bis C del Decreto con Fuerza de Ley 3 del Ministerio de Economía de 2006, que fijó el texto refundido de la Ley de propiedad industrial.
- d. Que el recurso sea efectivo, es decir, que sea idóneo para la solución del conflicto. Hasta cierto punto, la existencia del Tribunal de Contratación Pública podría considerarse como una expresión del deber del Estado de ampliar la oferta de justicia, sobre todo especializada. Pero al revisar su competencia y el sentido y alcance de sus fallos, se extraña justamente la efectividad de sus decisiones, por cuanto ante una declaración de ilegalidad de una determinada licitación viene luego la expresión de que, por razones de utilidad pública, no se pueden retrotraer los efectos del acto nulo, manteniéndose una adjudicación ilegal. El afectado queda, por lo pronto, a merced de iniciar una nueva acción, ahora de indemnización, con resultados inciertos y extendiendo el tiempo de obtención de justicia.
- e. Todo proceso debe ser realizado dentro de un plazo razonable. A partir de decisiones del Tribunal Constitucional se ha dado la discusión entre la vinculación del principio de oficialidad, contemplado en los procedimientos laborales en el artículo 429 del Código del Trabajo (CT), con la prohibición expresa de alegar y conceder el abandono del procedimiento (inciso primero del artículo 429).



Ahí se han ventilado las consecuencias de esta aparente colisión respecto al derecho a la justicia dentro de un plazo razonable, dando cuenta, en numerosos fallos, de que la imposibilidad de poner término a un proceso por la vía del abandono contraviene el derecho de acceso a la justicia y que, al mismo tiempo, no se opone a la obligación de actuar de oficio y de levantar los obstáculos. Es posible, por cierto, pensar en un sistema procesal que combine la oficialidad, entendida como la obligación del juez y, por ende, del Estado, de dar respuesta al requerimiento de justicia, pero que no signifique, al mismo tiempo, la anulación del derecho del otro a obtener el cierre de un proceso judicial.

- f. El Estado debe eliminar toda forma de discriminación en el acceso a la justicia, permitiendo el acceso igualitario de grupos vulnerables, sea económicamente o por cualquier otra razón (discapacidad, edad, sexo, etcétera).

El derecho de acceso a la justicia debe extenderse más allá de los tribunales de justicia, en lo formal, sean ordinarios o especiales, y alcanzar a todo órgano de la administración o que goce de autonomía, y que tome decisiones respecto de derechos de las personas, como, por ejemplo, el Ministerio Público o cualquier servicio u organismo público, estos últimos, en la expresión del derecho administrativo sancionador o en la resolución de peticiones según el procedimiento administrativo (Ley 19.880). Es bastante común el incumplimiento de los plazos de resolución de solicitudes lo que obliga a los justiciables a recurrir a la Contraloría General de la República (CGR). Otro caso recurrente es la pervivencia de casos de arbitraje forzoso que limitan, al ser una justicia pagada, el acceso a la justicia y afectan el derecho de propiedad de los justiciables por imposición del legislador.

Cabe hacer presente que, según Loayza Tamayo (2012: 96) «del derecho al acceso a la jurisdicción se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos». Sin embargo, aquello no significa que los Estados y su legislación interna no puedan establecer requisitos o exigencias formales para el ejercicio de su acción. Pero, según la misma autora, si lo hacen, estos no deben ser «excesivos ni desproporcionados, justificados en razonables necesidades propias de la administración de justicia, así como en los fines legítimos de la misma».



En el caso *Cantos con Argentina* de 2002 la CIDH ha expresado que:

49. La Corte Interamericana ha establecido que los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención. (*Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra nota 5, párrafo 151. Excepciones al agotamiento de los recursos internos: artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A número 11, párrafo 34*).

50. Según el artículo 8.1 de la Convención:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención.

51. El artículo 25 de la Convención establece que:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

52. El artículo 25 de la Convención también consagra el derecho de acceso a la justicia. Al analizar el citado artículo 25 la Corte ha señalado que este establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas



las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Y ha observado, además, que la garantía allí consagrada se aplica no solo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley (cfr. *caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C número 79, párrafo 111; Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 8, párrafo 89; y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia: artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A número 9, párrafo 23*). La Corte ha señalado, asimismo, en reiteradas oportunidades, que la garantía de un recurso efectivo «constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención» (*caso Cantoral Benavides, sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C número 69, párrafo 163; cfr. caso Hilaire, Constantine y Benjamin, supra nota 5, párrafo 163; caso Durand y Ugarte, sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C número 68, párrafo 101; y caso de los «Niños de la Calle» —Villagrán Morales y otros— sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C número 63, párrafo 234*), y que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad (cfr. *caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra nota 5, párrafo 186; caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 96, párrafo 111-113; y caso del Tribunal Constitucional, supra nota 8, párrafo 90*), es decir, debe brindarse a la persona la posibilidad real de interponer un recurso que sea sencillo y rápido (cfr. *caso de la Comunidad Mayagna —Sumo— Awas Tingni, supra nota 96, párrafo 112; caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C número 74, párrafo 134; y caso del Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C número 71, párrafo 90. En igual sentido, vid. Eur. Court H.R., Keenan v. the United Kingdom, Judgment of 3 April 2001, párrafo 122, 131*). Cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata constituye una violación del derecho al acceso a la justicia, bajo la modalidad consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.¹¹

11 Caso *Cantos con Argentina*, 2002. Las notas incluidas en algunos párrafos del texto original del fallo han sido transcritas, entre paréntesis, donde era pertinente de modo que el lector cuente con las referencias citadas.

Asimismo, según Cox Urrejola (2006) no hay que olvidar que el acceso a la justicia:

Ha pasado también a ser considerado como principio y condición esencial del Estado de derecho: todos(as) los(as) ciudadanos(as) deben poder conocer y ejercer sus derechos y, además, asegurar que sus conflictos sean tratados y ojalá solucionados, eficaz y oportunamente. Además de la jurisdicción de tutela estatal, la prevención de conflictos, la promoción de derechos y de mecanismos colaborativos de solución de controversias, donde participan variados actores sociales, del sector público y privado, constituyen áreas esenciales del acceso a la justicia.

En definitiva, el derecho de acceso a la justicia no solo consiste en el derecho de toda persona de acceder al órgano jurisdiccional, sino que también incluye que el sistema pueda darle a los justiciables el acceso a la norma, al derecho aplicable, luego, a una respuesta efectiva y, de ese modo, garantizar los derechos humanos de todas las personas.

Derecho al juez o jueza natural

El artículo 19 número 3 inciso quinto de la Constitución garantiza que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino que por el tribunal que la ley señale y que se halle establecido por esta con anterioridad a la perpetración del hecho. Esta garantía refiere a que las personas tienen el derecho de ser juzgadas por el tribunal competente, entendiendo que este es el que la ley ha establecido con anterioridad para el conocimiento del asunto.

El derecho establecido en este inciso encuentra su correlato en el artículo 8 de la DUDH, que refiere el derecho al recurso ante tribunales nacionales competentes, en el artículo 8.1 de la Convención Americana, por el que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, y el artículo 14.1 del PIDCP, que garantiza que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente.

Este derecho al juez competente recibe también el nombre de garantía al juez o jueza natural. Loayza Tamayo (2012: 107) resalta que este derecho «presenta dos alcances: por un lado, la imposibilidad de ser sometido a un proceso ante la autoridad de quien no es juez o carece de



competencia para resolver una determinada controversia; y por otro, que la competencia de los jueces y tribunales se encuentre previamente establecida por la ley». Nogueira Alcalá (2018: 480) agrega que el derecho al juez natural:

Exige que el órgano judicial haya sido creado por la norma legal previamente, que esta lo haya investido de jurisdicción y de competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial. Nadie puede ser desviado de la justicia ordinaria, como, asimismo, nadie puede ser desviado dentro de la justicia ordinaria del juez natural que le corresponde que conforme a la ley le corresponda objetivamente y que esté determinado previamente.

Sin perjuicio de que tanto la Constitución refiere a tribunales que señale la ley, previamente establecidos, no se debe olvidar que un tribunal arbitral puede también tener el carácter de juez natural. No estamos hablando de un arbitraje forzoso, sino claramente de arbitrajes voluntarios. La lógica en estos casos es que la ley define a los árbitros como jueces designados por las partes o la autoridad judicial en subsidio para la resolución de sus asuntos litigiosos. Siendo jueces, se admite que las partes puedan pactar que sus diferencias sean resueltas por árbitros. No siendo una materia de arbitraje prohibido, si las partes libremente han acordado que sus disputas serán decididas por un compromisario será su voluntad la que haya designado al tribunal o juez natural. De esto se hablará más adelante.

El derecho al juez natural da certezas a las y los justiciables, garantizándoles que serán juzgadas por un tribunal independiente e imparcial (otra obligación asumida por los Estados). Dice el Tribunal Constitucional que:

El hecho de que toda persona solo pueda ser juzgada por el tribunal que señale la ley y por el juez que lo representa no solo constituye un derecho fundamental asegurado a toda persona, sino que representa, a la vez, un elemento básico para la seguridad jurídica, pues impide que el juzgamiento destinado a afectar sus derechos y bienes se realice por un tribunal o un juez distinto del órgano permanente, imparcial e independiente a quien el legislador haya confiado previamente esta responsabilidad que se cumple por las personas naturales que actúan en él.¹²

12 Sentencia Tribunal Constitucional 554, considerando 17.



Del texto constitucional se desprende también que cualquier otro órgano que ejerza jurisdicción y que no esté establecido por la ley de forma previa es una comisión especial.

Pero este carácter también lo tendrían quienes ejercen actos que podrían ser considerados como de autotutela sin concurrir previamente ante los tribunales a demandar lo que en derecho les corresponde. Así ocurrió, por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema de 22 de junio de 2022, en que, conociendo la apelación de un recurso de protección lo acoge.¹³ La recurrente alegaba que su arrendadora había interrumpido el suministro de energía eléctrica «sin contar con autorización judicial ni legal y existiendo un contrato de arrendamiento vigente, acudiendo a vías de hecho que le impiden el ejercicio de su derecho de propiedad, así como el derecho a desarrollar su actividad económica, afectando al mismo tiempo su derecho a un debido proceso, así como a no ser juzgado por comisiones especiales, vulnerando las garantías del número 3, inciso quinto y números 21 y 24 del artículo 19 de la CPR».

La recurrida, por su parte, fundó su actuar en que la actora tenía con ella un contrato de arrendamiento, el cual establecía que debía pagar la deuda de suministro eléctrico en el plazo de siete días contados desde la emisión de la factura, y que tenía actualmente una mora de más de 260 días. Pero además de esta deuda, la arrendataria adeudaba más de \$20 millones en rentas de arrendamiento por este y otros locales en el país, que también tenía en arrendamiento con ella. La empresa arrendadora recurrida argumentó que «su conducta estaría amparada por un derecho que se contempla en el contrato celebrado entre las partes, como medida de *ultima ratio* ante el incumplimiento del recurrente, sin afectar alguno de sus derechos fundamentales, por lo que pide el rechazo de la acción intentada».

Finalmente, la Corte Suprema determinó que, al actuar de esa manera unilateral, se había vulnerado el derecho de la arrendataria recurrente a no ser juzgado por comisiones especiales:

Cuarto: Que tal como se desprende de los antecedentes fácticos colacionados precedentemente, la sociedad recurrida, Centros Comerciales I SpA, al proceder a suspender el suministro de energía eléctrica en el inmueble arrendado por la recurrente, con contrato vigente a partir del

13 Sentencia Corte Suprema de 22 de junio de 2022, rol ingreso 2910-2022. Disponible en <https://bit.ly/3YAvakz>.



día 12 de junio de 2020, ha incurrido en una actuación que resulta arbitraria e ilegal, toda vez que ha ejercido un acto propio de autotutela proscrito por nuestro ordenamiento, constituyéndose en comisión especial. En efecto, la legislación contempla los procedimientos correspondientes para obtener judicialmente el reconocimiento de los derechos que invoca la recurrida y, mientras aquellos no sean ejercidos, no resulta lícito a esta, bajo el presunto amparo que le otorgaría la cláusula contractual que invoca, recurrir a vías de hecho como la descrita para obtener el cumplimiento de las obligaciones contraídas en los contratos celebrados con el actor.

Por lo demás, este corresponde al criterio que ha sostenido esta Corte Suprema, entre otras, en sentencias dictadas en causas roles números. 2475-2012, 25.119-2017, 34.091-2019, 39.846-2021 y 88.726-2021.

Quinto: Que de lo señalado precedentemente aparece de manifiesto que la sociedad recurrida, Centros Comerciales I SpA, incurrió en un acto arbitrario e ilegal que perturba la garantía constitucional contemplada en el artículo 19 número 3 inciso quinto de la Constitución Política de la República, pues nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por esta, desde que asumió, en la práctica, la función de juzgar y hacer ejecutar su juzgamiento, las que pertenecen constitucionalmente a los tribunales de justicia.

Derecho a defensa

El artículo 19 número 3 incisos segundo, tercero y cuarto concretan el derecho a defensa a nivel constitucional. Es expresión de la garantía a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Para algunos autores, el derecho a defensa que se consagra en la Constitución se refiere *inextenso* a la manifestación técnica de la defensa judicial (defensa técnica).

El derecho a defensa en su variante técnica tiene, además, dos caras. La evidente, en la que toda persona tiene derecho a contar con una defensa técnica o letrada para que postule sus pretensiones ante el órgano jurisdiccional. Una segunda, es el derecho de las y los abogados a defender a su representado con las debidas garantías. El inciso segundo dice 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 hubiera sido requerida».



El derecho a defensa también se expresa en una variante material, por la cual se les garantiza a las personas el derecho a presentar su caso ante un órgano jurisdiccional. Para Nogueira Alcalá, el «derecho a defensa asegurado por el inciso segundo del artículo 19 número 3 de la Constitución, implica la posibilidad de un juicio contradictorio en el que las partes pueden hacer valer sus derechos o intereses legítimos» (2018: 485). Esto supone, en primer término, el ejercicio de la acción, como expresión del derecho a la tutela judicial efectiva. Una vez iniciado el proceso, el demandado o querellado, según el caso, podrá contestar la pretensión, en un plazo adecuado para ejercer ese primer derecho a defensa. En esta empresa podrá, además, contar con defensa letrada, tanto para su asesoría como para patrocinar su caso.

El derecho a defensa importa también dos elementos primordiales, a los cuales dedicamos un estudio independiente en este trabajo. En primer término, lleva implícito el derecho a presentar pruebas que sustenten las respectivas pretensiones. En segundo término y directamente relacionado está la garantía del proceso contradictorio, que supone que cada parte pueda controvertir tanto los elementos fácticos que sustentan la pretensión adversa como todos y cada uno de los medios de prueba que se presentan en el juicio, dentro del marco normativo que impone la ley.

No se debe confundir el derecho a defensa con que el legislador esté obligado a levantar todo tipo de ritualidades o formalidades del proceso que, eventualmente, pudieran embarazar el ejercicio de este derecho. Así, el Tribunal Constitucional ha fallado que:

Al garantizar el derecho a la defensa, la Constitución no asegura a todas las personas ejercer sus derechos sin ningún tipo de obstáculos, ni les garantiza conducir sus defensas conforme a su leal saber y entender. Un entendimiento así de absoluto del derecho a defensa impediría toda regla procesal que sujetara la defensa a ciertos plazos, ritualidades o limitaciones. Con ello se haría imposible toda regla procedimental, no pudiendo alcanzarse la justicia y racionalidad de los procedimientos que la Constitución exige al legislador. El derecho a la defensa está efectivamente garantizado por la Constitución, pero debe ejercerse en conformidad a la ley. La Constitución no prohíbe reglas de ritualidad procesal; solo les exige que permitan la defensa y garanticen racionalidad y justicia.¹⁴

14 Sentencia del Tribunal Constitucional 977, considerando vigesimoprimero. En el mismo sentido las sentencia Tribunal Constitucional 2335 considerando decimo-



Como comentamos, la doctrina sostiene, según Carbonell y Letelier (2021: 369) que:

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 (artículo 8.1 CADH; artículo 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 motivada.

Estos elementos configuran lo que se denomina el derecho de defensa material. En términos de protección interamericana, hemos dado cuenta de que el artículo 8 de la convención no expresa de forma concreta qué derechos son los que se entienden incorporados al de defensa para causas distintas de las penales. De hecho, su artículo 8.2 es bastante explícito en este punto para los juicios penales:

- a) Derecho del inculpado 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 inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado 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 inculpado 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 otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

sexto; sentencia Tribunal Constitucional 2748 considerando decimosexto; sentencia Tribunal Constitucional 3171 considerando décimo; sentencia Tribunal Constitucional 4313 considerando vigesimosexto; sentencia Tribunal Constitucional 6399 considerando decimosexto y sentencia Tribunal Constitucional 4710 considerando vigésimo y sentencia Tribunal Constitucional 5219 considerando vigesimoprimer.



- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

Ya veíamos en el apartado dedicado al acceso a la justicia que un factor esencial es que las personas tengan también acceso al derecho, por lo que la defensa jurídica debe entenderse en sentido amplio. De allí que el inciso tercero hable de asesoramiento y de defensa jurídica. A través del primero se facilita el acceso a la norma y por el segundo, a presentar el caso ante un órgano jurisdiccional. Este aspecto se llama defensa técnica.

Ha dicho el Tribunal Constitucional que «el derecho a la defensa jurídica tiene una relación sustancial con el de igual protección de la ley, en términos tales que viene a precisar el sentido y alcance de la protección que el legislador debe otorgar al ejercicio de los derechos de las personas, referido al ámbito específico de la defensa jurídica de ellas ante la autoridad correspondiente».¹⁵

En materia penal, la vulneración al derecho a defensa tiene un grado mayor de relevancia entre las causales que admiten el recurso de nulidad, tanto así que el artículo 374 del Código Procesal Penal (CPP) lo eleva a una causal absoluta de nulidad tanto del juicio como de la sentencia: «Artículo 374. Motivos absolutos de nulidad. El juicio y la sentencia serán siempre anulados: [...] c) Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga».

Como las garantías que establece el artículo 8.2 de la convención son extensivas a todo tipo de procesos, se garantiza que el demandado o inculcado tenga tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa (letra c). Dentro de esta no solo debe considerarse el término de emplazamiento para contestar la demanda o la acusación, sino también el plazo para reunir y presentar la evidencia que sustente tal defensa. Nótese, además, que el artículo 8.2 letra c) no determina qué se entiende por adecuado, por lo que se tendrá que supeditar a la naturaleza de la acción y al tipo de procedimiento.

Las derivaciones del derecho material de defensa se analizarán en los literales siguientes.

¹⁵ Sentencia Tribunal Constitucional 1001, considerandos 16 a 19.



Derecho a ser emplazado o emplazada

Es la base del derecho a defensa, cualquiera sea la materia de la que se trate. La defensa supone una acusación o una demanda correlativa. No es posible defenderse sin conocer respecto de qué se acusa o se tiene la pretensión. Es un derecho directamente relacionada a la garantía de igualdad de las partes: si una tiene garantizado su acceso al órgano jurisdiccional para plantear su pretensión, correlativamente el sujeto pasivo de esa relación procesal tiene derecho a plantear sus defensas.

Cierto es que se plantea de manera más evidente en materia penal ya que el artículo 8.2 letra b) de la convención expresa que el inculpado tiene derecho a conocer de manera previa y detallada de la acusación formulada. El artículo 93 inciso segundo letra a) del CPP prescribe que el imputado tiene derecho a que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes. Esto tiene su concreción en la formalización de la investigación como se observa en el artículo 229 del Código Procesal Penal «la formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados».

El imputado conoce, por escrito y en audiencia, el contenido de los cargos y los hechos en que se fundan por cuanto el fiscal que formalice la investigación debe solicitar la realización de una audiencia al juez de garantía, petición que debe incluir la «indicación del delito que se le atribuyere [al imputado], la fecha y lugar de su comisión y el grado de participación del imputado en el mismo» (artículo 231 del CPP). En la audiencia el fiscal deberá exponer verbalmente los cargos que presenta contra el imputado (artículo 232 de dicho código).

Este derecho también se extiende a los casos de detención, según lo dispone el artículo 19 número 7 de la Constitución y el artículo 125 del Código Procesal Penal y al artículo 7 de la convención. En todos ellos, la detención de una persona requerirá una orden previa, que deberá serle intimada, es decir, se le debe poner en conocimiento de los fundamentos de esta detención.

En materia civil el emplazamiento se eleva también como un elemento esencial del debido proceso. El artículo 8.2 letras b) y c) de la CADH consagra por extensión el emplazamiento en materia civil. La intima-



ción o emplazamiento es según Rodríguez García (2006: 1309) «el primer paso para conseguir el ejercicio pleno del derecho de defensa, ya que la única forma de refutar la acusación y la prueba de cargo y de estar en disposición de ofrecer la prueba de descargo, es el conocer con detalle la conducta ilícita que se le atribuye, la prueba en que se apoya y la autoridad que tramita el caso». En efecto, cuando se habla de conocer la conducta ilícita, refiere a materias penales, pero si la propia convención establece que las normas del artículo 8.2 se aplican a todo tipo de procesos, debemos entender que se proyecta al conocimiento de los hechos y fundamentos de derecho en que se funda una demanda civil.

El emplazamiento es un acto de comunicación procesal, mediante el cual se impone al emplazado, normalmente el demandado, del contenido de la demanda y de sus pretensiones, y que tiene como efecto que comienza a transcurrir el término legal para comparecer al tribunal a presentar sus descargos. La Corte Suprema ha dicho que, «desde el punto de vista del sujeto pasivo de la litis, el planteamiento de su defensa presupone, ineludiblemente, su emplazamiento que, a su vez, presenta dos aspectos fundamentales, a saber: el conocimiento de la demanda, que se cumple por la notificación de la misma, y el transcurso del plazo para acudir al llamamiento del tribunal».¹⁶

La falta de emplazamiento puede dar lugar a un incidente de nulidad y también es fundamento al recurso de casación en la forma, ya que genera indefensión y, por tanto, imposibilita al sujeto procesal a ejercer su derecho a defensa. Los artículos 795 número 1 y 800 número 1 del Código de Procedimiento Civil (CPC) señalan que el emplazamiento de las partes en la forma prescrita en la ley es un trámite esencial.

El emplazamiento tiene dos tipos de requisitos: uno formal y otro material. Con el primero hacemos alusión al cumplimiento de las formalidades establecidas en la ley para que la notificación de la demanda —que es el acto por el cual se comunica a la parte el emplazamiento— sea válido. Esto también incluye a la determinación del funcionario o auxiliar de la administración de justicia habilitado para tal gestión.

Por su parte el contenido del emplazamiento se relaciona con las piezas que deben acompañarse para que pueda tomar conocimiento de la demanda.

¹⁶ Sentencia Corte Suprema de 12 de junio de 2018, rol de ingreso número 2733-2018. Disponible en <https://bit.ly/3s6DnRa>.



En cuanto a sus efectos, una vez que vence el término de emplazamiento queda trabada la litis y se forma la relación procesal. Dice Rodríguez Papic (2010: 38 y 39) que «la relación procesal es el vínculo jurídico que une a las partes entre sí y a ellas con el tribunal y cuyos efectos principales son el de obligar al tribunal a dictar su pronunciamiento y a las partes a pasar por lo que él resuelva en definitiva».

En segundo término, deja también fijado el tribunal que deberá pronunciarse de las pretensiones y defensas. Finalmente, la notificación que produce el emplazamiento crea la carga para el demandado de comparecer en juicio para defenderse. Más que obligación, es un derecho a plantear su defensa dentro de plazo; y si no ejerce este derecho quedará rebelde.

El artículo 80 del CPC es el que habilita al litigante rebelde —es decir, aquel que no realizó un acto procesal dentro de plazo debido— para pedir la nulidad de lo obrado. Dados los efectos de esta declaración de nulidad el litigante rebelde debe acreditar que, por un hecho que no le sea imputable, no han llegado a sus manos las copias a que se refieren los artículos 40 y 44, o que ellas no son exactas en su parte substancial. Y esta situación ha derivado en que no se le ha hecho saber en persona ninguna de las providencias libradas en juicio.

Quizás la mayor sanción a la falta de emplazamiento es la nulidad del fallo con ocasión de acogerse el recurso de casación en la forma. Este se debe fundar en la causal novena del artículo 768, en relación con los artículos 765 y 800 del CPC, según el tipo de procedimiento. Ahora bien, como todo recurso de casación en la forma no basta la invocación de la causal, sino que debe haber sido preparada.

Igualdad de partes y principio contradictorio

En todo procedimiento contencioso existirán dos partes involucradas: el sujeto activo (demandante, denunciante o querellante) y el sujeto pasivo (demandado, denunciado o querellado). A partir del derecho fundamental de la igualdad ante la ley, replicado en todas las constituciones (en la nuestra, en el artículo 19 número 2) y de la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos (artículo 19 número 3 de la Constitución) se entiende que ambos sujetos procesales deben participar en igualdad de condiciones y tener la misma oportunidad de presentar y defender su caso.



Incluso en materia penal, donde es la sociedad —sobre todo en delitos de acción pública— la que se representa por medio de la acción del Ministerio Público que actúa como ente acusador¹⁷ no hay una preeminencia de una parte sobre la otra, debiendo garantizarse a ambas las mismas oportunidades de defensa.

Como dice Alvarado Velloso (2014: 220) la consecuencia natural de este principio de igualdad jurídica en el proceso o de paridad de oportunidades y de audiencia «es la regla de la bilateralidad o contradicción: cada parte tiene el irrestricto derecho de ser oída respecto de lo afirmado y confirmado por la otra. En otras palabras: igualdad de ocasiones de instancias de las partes». El principio contradictorio, como afirma Guzmán Brito (2001: 124) «postula que de toda pretensión, alegación o actuación de una parte debe darse conocimiento a la otra, a fin de hacer posible su contrapretensión, contraalegación o contraactuación, de modo de nada decidirse en el proceso sin haber escuchado a ambas partes».

En materia de protección interamericana, la expresión más básica del principio de contradicción es la primera parte del artículo 8.1 que consagra el derecho de toda persona a ser oída que, como hemos dicho, es un derecho a presentar su caso ante un órgano jurisdiccional. Es un derecho bilateral, predicable tanto para el demandante como el demandado en un juicio, para el querellante o la parte acusadora y el imputado.

Otra consecuencia de la igualdad de partes es el derecho a la igualdad de armas o de oportunidades de defensa. En este punto, el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) parece más claro y explícito en la necesidad de igualdad de partes y de la contradicción, partiendo por su título: «derecho a un proceso equitativo». La garantía en comento dice que «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída *equitativa*, públicamente y dentro de un plazo razonable» (el destacado es nuestro). Este derecho se replica en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Este derecho, propio del principio contradictorio, garantiza la oportunidad procesal para controvertir las pruebas contrarias o para presentar las propias pretensiones. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sostenido que «la igualdad de armas tiene como finalidad

17 En los países anglosajones, incluso, los casos se denominan como «el Estado contra», graficando aún más el interés público de la acción penal.



asegurar el equilibrio entre las partes del proceso, garantizando así que todo documento aportado al órgano jurisdiccional pueda ser contrastado y contestado por cualquier parte en el proceso». ¹⁸ Quien se dice afectado en su derecho a la igualdad de armas debería acreditar que ha sufrido un perjuicio derivado del desequilibrio entre las partes. Pero el mismo tribunal ha tendido a aplicar, sobre todo en asuntos penales, la teoría de las apariencias, según la cual bastaría un desequilibrio objetivo y abstracto para acreditar la vulneración del derecho a la igualdad de armas.

Este tribunal ha dicho que la igualdad de armas tiene por finalidad asegurar el equilibrio entre las partes de un proceso, garantizando así que todo medio de prueba o pretensión presentada al órgano jurisdiccional para su decisión pueda ser evaluado y controvertido. Se entiende que quien se siente vulnerado por un eventual desequilibrio procesal debe acreditar que ha sufrido un perjuicio.

El Tribunal Constitucional también le ha dado contenido al principio, al expresar que:

El principio de igualdad de las partes en el proceso pretende asegurar la existencia de un procedimiento que garantice la paridad de oportunidades para que los contendientes en un litigio puedan influir para la obtención de una decisión favorable a sus respectivas pretensiones. En un procedimiento contencioso, donde existe una disputa jurídica a ser resuelta a favor de uno de los dos adversarios, estos deben tener a su disposición oportunidades procesales equivalentes, es decir, debe existir «igualdad de armas» en la «lucha jurídica». De no observarse por el legislador el principio referido, la contienda sería desigual y, al final, injusta. ¹⁹

El principio de igualdad de armas se encuentra comprendido en diversas disposiciones constitucionales. En primer lugar y principal lugar, la exigencia que la ley que establezca un procedimiento judicial trate a

¹⁸ Conclusiones del abogado general Pedro Cruz Villalón presentadas el 26 de junio de 2012. Asunto C-199/11 Unión Europea, representada por la Comisión Europea contra Otis NV, General Technic-Otis Sàrl (GTO), Kone Belgium NV, Kone Luxembourg Sàrl, Schindler NV, Schindler Sàrl, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs NV, ThyssenKrupp Ascenseurs Luxembourg Sàrl (petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank van koophandel te Brussel [Bélgica]). Disponible en <https://bit.ly/3MXrEuX>.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 2856, considerando sexto. En el mismo sentido, sentencia del Tribunal Constitucional 3297, considerando décimo; sentencia Tribunal Constitucional 4313, considerando vigesimoprimer; sentencia Tribunal Constitucional 4034, considerando séptimo.

las partes contendientes de manera paritaria, equilibrada o equitativa se desprende del derecho constitucional a «la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos», del artículo 19, numeral 3 de la CPR: En segundo lugar, la exigencia que el legislador garantice la igualdad procesal de las partes deriva, también, del principio general de no discriminación arbitraria por parte de la ley o autoridad alguna, del artículo 19 numeral 2, inciso segundo. En tercer lugar, el principio se consagra en el inciso sexto, del numeral 3 del artículo 19, que consagra la obligación del legislador que garantizar siempre un procedimiento racional y justo, esto es, el debido proceso legal.²⁰

La llamada igualdad de armas, en materia de recursos, exige —salvo que haya una razón que lo justifique— que las distintas partes o intervinientes en un proceso tengan la misma posibilidad de impugnar las resoluciones que les perjudiquen.²¹

Aunque queda claro que el derecho al contradictorio y la igualdad de armas son garantías procesales, su fundamento anterior está en la igualdad ante la ley (artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 1 y 19 número 2 de la Constitución) y en la prohibición a los Estados de admitir cualquier forma de discriminación que afecte a los derechos fundamentales (establecida en el artículo 1.1 y en el artículo 24 de la CADH).

Derecho a la prueba

El derecho a la prueba forma parte del derecho a la igualdad de las partes y al contradictorio. El artículo 8.2 de la convención —que, como vimos, tiene una aplicación amplia y no solo restringida al proceso penal— es el que fija las garantías mínimas en torno a la presentación y derecho de controvertir las pruebas.

La letra c) del artículo 8.2 de la CADH asegura el derecho a los medios adecuados para la preparación de la defensa. El derecho a la prueba tiene una doble variante. De un lado, garantiza a los justiciables proponer los medios de prueba que estimen pertinentes a su caso y, por el otro, a presentarlos en juicio.

²⁰ Sentencia Tribunal Constitucional 2856, considerando undécimo.

²¹ Sentencia Tribunal Constitucional 2658, considerando decimoquinto. En el mismo sentido, sentencia Tribunal Constitucional 2586 considerando duodécimo; sentencia Tribunal Constitucional 4034 considerando décimo.



En derecho comparado se ha fallado que este derecho no es absoluto. El Tribunal Supremo español ha expresado que los derechos a la prueba y a la admisión de esta no comportan una facultad ilimitada de la parte para hacer valer cualquier medio probatorio, sino únicamente puede esgrimir aquellas que resulten pertinentes, útiles y adecuadas al caso:

Ahora bien, a pesar que se trata de la impugnación de una sentencia dictada en un recurso contencioso administrativo interpuesto contra una sanción administrativa, es necesario no solo alegar, sino justificar que la denegación del medio probatorio ha situado a la recurrente en una situación de indefensión material.

Recordemos que el derecho a la prueba, en general, y el derecho a la admisión de los medios de prueba, en particular, no comporta una facultad ilimitada de la parte para hacer valer cualquier medio probatorio, sino únicamente puede esgrimir aquellas que resulten pertinentes, útiles y adecuadas al caso.

La Sala de instancia ha razonado de forma sucinta pero suficiente, en la denegación del medio de prueba (auto de 23 de julio de 2010) y en la desestimación de la súplica (auto de 25 de octubre de 2010), las razones por las que no procedía la admisión de la prueba testifical y de un testigo perito, por su falta de «utilidad». Esta carencia de trascendencia de la prueba se produce porque la Sala de instancia considera que el testimonio que se preste no sería relevante o decisivo para la resolución del recurso. Dicho de otro modo, no resulta obligada la práctica de un medio de prueba cuando se sabe de antemano que el mismo no tiene aptitud para obtener la convicción del Tribunal sobre los hechos. En definitiva, carece de virtualidad para incidir en el sentido de la decisión judicial sobre la pretensión formulada. Ello puede producirse no solo porque se duda de la imparcialidad del testimonio, como aduce la recurrida en este caso, sino porque la decisión, *v.gr.*, se basa en razones jurídicas y no fácticas, o simplemente resulta irrelevante para influir o persuadir al Tribunal, pues en este caso, aunque el testimonio hubiera sido en todo favorable a la recurrente, la convicción no se hubiera alterado. Teniendo en cuenta, además, que respecto del testigo perito ya se aportó con la demanda el correspondiente informe.²²

En nuestra legislación interna hay expresiones claras de este derecho. Por ejemplo, en materia civil, entre las causales del recurso de casación

22 Sentencia del Tribunal Supremo español 516/2015 de 6 de febrero de 2015.

en la forma, la causal novena del artículo 768 del CPC permite fundar el recurso en haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad. Los artículos 794 y 800 de este código determinan cuáles serían estos trámites o diligencias esenciales según el procedimiento. Siguiendo estas disposiciones, servirían de fundamento para anular una sentencia el que se haya omitido el recibimiento de la causa a prueba si procedía con arreglo a la ley, la omisión de la práctica de diligencias probatorias si tal omisión podía producir indefensión, que no se hubieran agregado instrumentos presentados oportunamente por las partes, con citación o bajo apercebimiento, según el caso, o la citación para alguna diligencia de prueba.

El derecho a la prueba, además de lo dicho para el artículo 8.2 de la convención encuentra también expresiones concretas en el artículo 14 del PIDCP, letras b) y e), sin perjuicio de que los demás literales tienen relación también con este tema. Así, cuando se garantiza la disposición de medios para la preparación de la defensa, se garantiza el acceso a todos los que sirvan para presentar y acreditar la pretensión propia. Luego, da derecho a controvertir la prueba contraria, ya que habilita a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los de cargo. Es decir, se puede interrogar a los testigos que sustenten el propio caso y contraexaminar a los de la contraria.

En torno a la prueba tenemos una reinterpretación de las garantías y derechos que forman parte del debido proceso. Eso sí, dado que nadie está obligado a lo imposible, los Estados y la ley deben considerar la oportunidad de desarrollar los actos que permitan concretar esos derechos, pero no pueden «inventar» prueba donde no la hay. Es decir, estos generan una obligación correlativa de otorgar la oportunidad de controvertir la prueba. Como dice Devis Echandía (2015: 115), en materia civil y penal se reconoce el principio de la contradicción de la prueba. Según este principio, «la parte contra quien se opone una prueba debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla, incluyendo en esto el ejercicio de su derecho de contraprobar, es decir, que debe llevarse la causa con conocimiento y audiencia de todas las partes».

También relacionado con los otros principios generales del debido proceso está el de igualdad de oportunidades para la prueba. El mismo Devis Echandía reconoce que este principio se relaciona con el de



contradicción de la prueba. Para que haya esa igualdad de oportunidades «es indispensable la contradicción; con todo, este principio significa algo más: que las partes dispongan de idénticas oportunidades para presentar o pedir la práctica de pruebas, persigan o no contradecir las aducidas por el contrario» (2015: 115). Una manifestación de esta igualdad probatoria es que el término para presentar la prueba en el procedimiento civil es común, ya que comienza a correr para todos al mismo tiempo, a contar de la última notificación.

Derecho a ser juzgado o juzgada en un plazo razonable

Es quizás una de las expresiones más interesantes del debido proceso. El ya tantas veces citado artículo 8.1 de la CADH consagra el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Cobra especial relevancia cuando una de las mayores críticas a la solución judicial de controversias es la excesiva duración de los procesos.

Nuestra Constitución hace una referencia implícita a este derecho al disponer en el artículo 77 que una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. El constituyente no indica qué significa que sea pronta y cumplida, pero se entiende a que sea dentro de un plazo razonable y que sea eficaz, es decir, que lo resuelto sea posible de ser ejecutado.

De otro lado y al mismo tiempo se critica al artículo 8.1 porque no concreta lo que se entiende por plazo razonable. De allí que la CIDH haya tenido que ir completando el derecho por medio de la interpretación de la norma. Uno de los criterios asentados es que la duración del proceso debe considerarse como un todo, esto es, desde el primer acto procesal (demanda, denuncia, querrela) hasta su término definitivo, incluyendo todas las instancias recursivas a las que dicho proceso pueda estar sometido: «El plazo razonable al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta la sentencia definitiva».²³

²³ CIDH, Caso *García Ibarra y otros con Ecuador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015.



Sin embargo, la misma corte ha señalado que podría considerarse la extensión del proceso hasta la etapa de ejecución ya que sobre todo en aquellos asuntos donde se persigue la indemnización de perjuicios, la satisfacción de la pretensión ocurriría una vez que se cumple la sentencia. Así lo hizo en el caso *Furlan y familiares con Argentina*²⁴ y en el caso *Andrade Salmón con Bolivia*.²⁵

Pero es la determinación de *lo razonable* lo que más debate genera. Imaginemos un proceso penal en donde ha habido dos anulaciones de juicios orales,²⁶ precedidos también por una larga investigación del Ministerio Público. Probablemente si el acusado, tras el tercer juicio oral termina absuelto, considerará que la espera valió la pena. ¿En función de qué criterio podemos decir que la duración de un proceso es o no razonable? ¿Es responsabilidad del Estado el uso y abuso de las herramientas procesales de una de las partes que termina por extender en exceso el procedimiento?

La CIDH ha recurrido a las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, que ha desarrollado una profusa doctrina al artículo 6 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades

²⁴ CIDH, Caso *Furlán y familiares con Argentina*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012.

²⁵ CIDH, Caso *Andrade Salmón con Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016.

²⁶ Conforme con el artículo 387 del CPP si en un primer juicio oral se absolvió al acusado y se anuló, procedería un nuevo juicio oral. En principio, la sentencia que resulte de este segundo juicio oral no es recurrible, salvo que ahora se condene al acusado. En tal caso, solo él puede deducir recurso de nulidad en contra de este segundo fallo.

Fundamentales,²⁷ cuya redacción es similar a la del artículo 8 de la CIDH. El Tribunal Europeo ha señalado que la razonabilidad de la duración de los procesos que exige el artículo 6 del Convenio Europeo debe calificarse a la luz de las circunstancias del caso y en particular, conforme con los siguientes criterios: la complejidad del caso, la conducta del requirente y de las autoridades relevantes y lo que está en juego para el solicitante en la disputa.²⁸ En consonancia, la Corte Interamericana ha replicado lo señalado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fijando cuatro criterios para calificar si la demora resulta o no razonable a la luz de la convención: i) complejidad del asunto;

27 «Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo.

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.

b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.

c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia».

28 *Gherardi Martiri con San Marino*, número 35511/20 de 15 de diciembre de 2022; *Lupeni Greek Catholic Parish and Others con Rumania* [GC], número 76943/11, § 143, 29 de noviembre de 2016; *Frydlender con Francia* [GC], número 30979/96, § 43, ECHR 2000-VII; *Comingersoll S.A. con Portugal* [GC], número 35382/97, § 19, ECHR 2000-IV; y *Sürmeli con Alemania* [GC], número 75529/01, § 128, ECHR 2006VII.

ii) actividad procesal del interesado; iii) conducta de las autoridades judiciales, y iv) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.²⁹

Nuestra realidad nacional no es ajena a estos criterios, y tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema han considerado la duración razonable de los litigios ponderando sus particularidades. Incluso esta última, sobre todo en el último tiempo, ha expandido a determinados actos de la administración el derecho a un proceso y decisión dentro de un plazo razonable por la vía de la acción de protección.

Justamente conociendo de una acción de este tipo deducida por un grupo de funcionarios sumariados en contra de la Municipalidad de Antofagasta, la Corte Suprema ponderó el criterio de razonabilidad. Los recurrentes señalaban que el plazo de investigación se había extendido en demasía, de modo que la sanción impuesta había perdido oportunidad al haberse vulnerado el derecho a la obtención de una decisión dentro de un plazo razonable. La Corte Suprema, si bien reconoce que el plazo de la investigación fue extenso y excedía el máximo de los procedimientos administrativos (seis meses), tomó en consideración que este se suspendió por casi un año con ocasión de la pandemia y que la demora se encontraba, a más de lo anterior, justificada dentro de lo razonable, debido a que fue producto de distintas diligencias:

Segundo: Que los actores al fundar su apelación sostuvieron, en lo medular, que, al ser desestimada la acción constitucional en los términos anotados, los jueces han obviado la ilegalidad y arbitrariedad cometida por la recurrida, basada en la duración excesiva del procedimiento ad-

29 El Digesto de la CIDH (disponible en <https://bit.ly/3P6glDG>) cita diversos casos en que se ponderaron estos cuatro criterios como, por ejemplo: Caso *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) con Venezuela*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C número 293, § 255, Corte IDH. Caso *Wong Ho Wing con Perú*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C número 297, § 209, Corte IDH. Caso *Gonzales Lluy y otros con Ecuador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C número 298, § 298, Corte IDH. Caso *García Ibarra y otros con Ecuador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C número 306, § 159, Corte IDH. Caso *Tenorio Roca y otros con Perú*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C número 314, § 238, Corte IDH. Caso *Herrera Espinoza y otros con Ecuador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016, entre otros.

ministrativo seguido en su contra, siendo de ese modo indispensable acudir a la figura del decaimiento.

Tercero: Que, en primer lugar, es pertinente realizar las siguientes consideraciones.

El Derecho Procesal Administrativo sancionador reposa en diversas bases, entre las cuales se cuenta la tramitación en un plazo razonable de los procedimientos que inicia para determinar las posibles responsabilidades de los administrados o de los agentes públicos.

De esta forma la garantía que implica el concepto de «plazo razonable» en los procedimientos, entre los que se encuentran los derivados del Derecho Administrativo, es parte integrante del derecho al «debido proceso de ley», al cual nuestra Constitución alude en el artículo 19 número 3, inciso quinto, cuando ordena: «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 esa perspectiva, debe considerarse que constituye una carga ilegítima mantener la situación de indefinición por un período prolongado, que si bien, en general, salvo que se determinen medidas cautelares, no se llega a limitar los derechos de la persona investigada, sí le afecta el estado de incertidumbre en que se encuentra y que igualmente puede estimarse incide en una pérdida substancial de la garantía del debido proceso de ley, por exceder de todo plazo razonable la tramitación del procedimiento.

Así, la Administración está vinculada a concluir su función investigadora dentro de un plazo legal, que, de ser transgredido en exceso, como se ha indicado, además de las responsabilidades individuales de los funcionarios a cargo de ellas, es posible deducir consecuencias en el procedimiento.

La pérdida de presupuestos jurídicos o materiales por parte del procedimiento, derivado de circunstancias sobrevinientes, ha permitido fundar la teoría de su inutilidad, puesto que afecta las bases de su existencia, esto es las circunstancias mismas que lo motivaron y se tuvieron presente al iniciarlo, como es restaurar el ordenamiento jurídico quebrantado, pero que pierde eficacia al transgredir el mismo procedimiento el referido ordenamiento que pretende restaurar. De esta forma cuando se pierde el sustento o contenido jurídico, se está en presencia de una ilegitimidad sobreviniente. La valoración de los intereses presentes en el



procedimiento son los que entran en colisión y corresponde optar por el de mayor relevancia. En efecto, la transgresión del administrado no guarda relación con la efectuada por la Administración y, por eso mismo, la mayor relevancia de aquella en la que incurre esta última, hace prevalecer los efectos que se asocian a ella por sobre la del particular.

Cuarto: Que, sobre el particular, reiteradamente, esta Corte ha declarado (Sentencia Corte Suprema entre otros, roles números 7.554 15, 2.639 2020, 39.689 2020) que, en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, para que se esté frente a un procedimiento racional y justo, la resolución que lo concluye debe ser oportuna.

Para asentar tales decisiones, se ha considerado especialmente los principios de eficacia y eficiencia administrativa, consagrados en diversas disposiciones de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

En efecto, el artículo tercero, inciso segundo, dispone: «La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas y participación ciudadana en la gestión pública, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes».

Por su parte el artículo 5, inciso primero, señala: «Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública».

En tanto, el artículo 11 de la misma ley regula el llamado control jerárquico, y relaciona la eficiencia y eficacia con la oportunidad en que se realiza la actuación administrativa. En efecto, dispone: «Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia.

Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones».

A continuación, el inciso segundo del artículo 52 preceptúa que el principio de probidad administrativa, consagrado actualmente en el artículo



8 de la Carta Fundamental, «consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular». Pues bien, el artículo 53 vincula los principios de eficiencia y eficacia con la probidad administrativa, al definir la expresión «interés general» señalando que «exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley».

Finalmente, el número 8 del artículo 62 indica que es una infracción al principio de la probidad administrativa, «contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración».

Quinto: Que la exposición de la normativa orgánica constitucional resulta trascendente, pues a partir de ella es posible verificar ciertos supuestos en los cuales el procedimiento administrativo sancionatorio pierde su eficacia lo cual trae aparejada su extinción por la constatación del transcurso injustificado de un tiempo excesivo por parte de la Administración, para la declaración de responsabilidad y la consecuente decisión terminal sobre la imposición de una sanción.

Lo anterior también encuentra sustento en el objeto jurídico del acto administrativo, cuál es la sanción impuesta, que producto del tiempo excesivo transcurrido se torna inútil, puesto que el castigo administrativo tiene principalmente una finalidad preventivo represora. En efecto, con él se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas similares, se busca reprimir la conducta contraria a derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor.

En este mismo sentido, conviene puntualizar que no cualquier dilación en la dictación del respectivo acto administrativo conlleva la pérdida de eficacia del procedimiento, sino solo aquella que es excesiva e injustificada.

Sexto: Que, en esta línea argumental, el artículo 27 de la Ley 19.880, dispone: «Salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento admi-



nistrativo no podrá exceder de seis meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final».

Ante la claridad del artículo 27, en cuanto ordena que la duración del procedimiento no podrá exceder de seis meses contados desde su iniciación y hasta la decisión final, y según fue indicado por el Ejecutivo en el mensaje de dicho cuerpo normativo, en el sentido que el proyecto, precisamente, tiende a solucionar los problemas derivados de considerar que a la Administración no le afectan los plazos y que solamente generan responsabilidades administrativas su incumplimiento, entre otros aspectos, debe llevar a concluir que, en abstracto, la superación irracional e injustificada del plazo antes indicado deriva en la imposibilidad material para continuar el procedimiento, al concurrir una causal sobreviniente consistente en, precisamente, la expiración del plazo legal, unido a la superación de todo límite de razonabilidad.

Por consiguiente, aun cuando el término del artículo 27 ya citado se aplica con matices a la Administración por cuanto no basta para la ineficacia del procedimiento su solo transcurso, sino también un análisis adicional de razonabilidad o justificación del exceso ello no puede significar que el administrado quede entregado al arbitrio del órgano en cuanto a la duración del proceso. Dicho de otro modo, el cumplimiento del señalado término de seis meses, si bien no será suficiente por sí solo para determinar una pérdida de eficacia del procedimiento, marca un hito a partir del cual podrá examinarse la razonabilidad y justificación de su extensión temporal, a la luz de los principios que deben regir la actuación administrativa, obligatorios para la Administración y que, además, tienen expresa consagración legislativa, según ya se expuso.³⁰

Enfoquémonos ahora en los datos objetivos. Según las cifras que entrega el propio Poder Judicial,³¹ el promedio de duración de un proceso de primera instancia en materia civil —con las estadísticas a junio de 2022— es de 401 días si se considera desde la presentación de la demanda hasta su término. Este número considera el promedio de duración de todos los procedimientos de conocimiento de tribunales civiles y todas las formas de término de juicio, incluidas las demandas que se tienen

³⁰ Sentencia Corte Suprema, 20 de agosto de 2022, rol ingreso número 15.031-2022.

³¹ Hay que hacer presente que las estadísticas oficiales del Poder Judicial no son de fácil interpretación. En algunas jurisdicciones, al consultar por la duración, los separan por tipos de procedimiento, en otras por materia o por forma de terminar el juicio. Disponible en <https://bit.ly/3OGuTrP>.

por no presentadas o los retiros de demandas. Como se puede imaginar el deudor, los términos *in limine litis* de los juicios ayudan a rebajar el promedio de duración de los procesos.

En la **figura 1** se da cuenta de la duración de los procedimientos civiles en primera instancia. Extrañamente, según los datos propios del Poder Judicial, las causas que más demoran son las de violencia intrafamiliar, con un promedio de 9.549 días. No se explica la razón, o si las estadísticas consideran este tipo de procesos como asuntos civiles si es que se conocen en tribunales de jurisdicción común, o se trata de causas que quedaron abiertas de la época en que la violencia intrafamiliar se tramitaba en sede civil. Esta última interpretación puede tener sentido si con 7.038 días de duración aparecen en segundo lugar los juicios de quiebras (anteriores a la Ley 20.720). Las estadísticas oficiales tampoco precisan qué procesos son los que considera bajo la denominación de «particulares», que conllevan una extensión de 4.425 días promedio hasta su término.

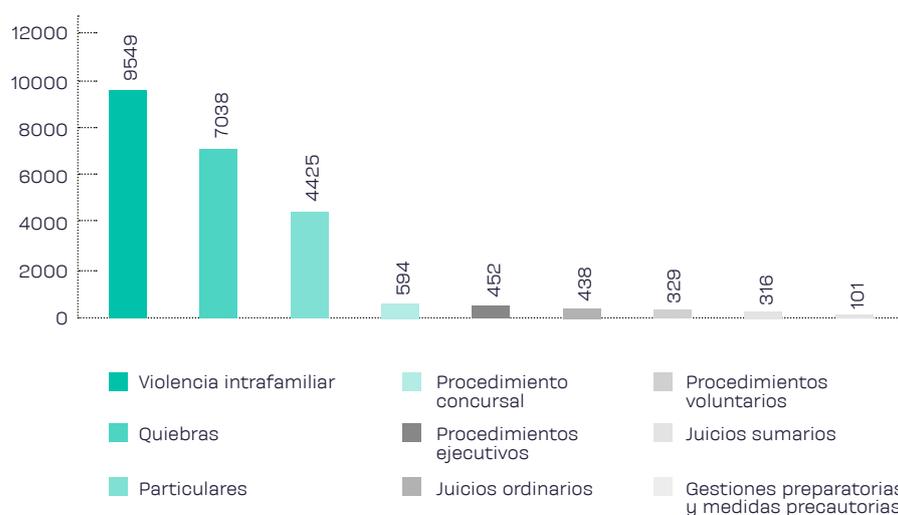


Figura 1. Días de duración de procedimientos civiles. Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos del Poder Judicial.

Sí podemos tener certeza de que los procedimientos ejecutivos y los ordinarios tienen una duración similar, de más de 400 días en primera instancia. Ahora bien, si ponderamos que los procedimientos ejecutivos y los juicios sumarios por su naturaleza y plazos legales tienen una duración mucho menor; podría decirse que no resulta normal que compartan casi la misma extensión de un juicio ordinario que, por definición, es de *lato conocimiento*.

Como advertimos, las cifras de este gráfico consideran la duración desde el ingreso de la demanda o solicitud hasta su término, cualquiera que sea la forma en que acabe el proceso. Así, podemos encontrar demandas terminadas a los tres días por no acreditar patrocinio conforme la Ley 18.120. Esto baja considerablemente el promedio de duración.

En la **figura 2** tomamos la misma información hasta junio de 2022, pero desagregada por jurisdicción y limitando las formas de término a la sentencia definitiva en primera instancia. Se consideraron únicamente las jurisdicciones civiles, laborales, de familia y tribunales orales en lo penal. Por las razones que más adelante se explican, se excluyeron los juicios de cobranza laboral y los asuntos de conocimiento de juzgados de garantía.

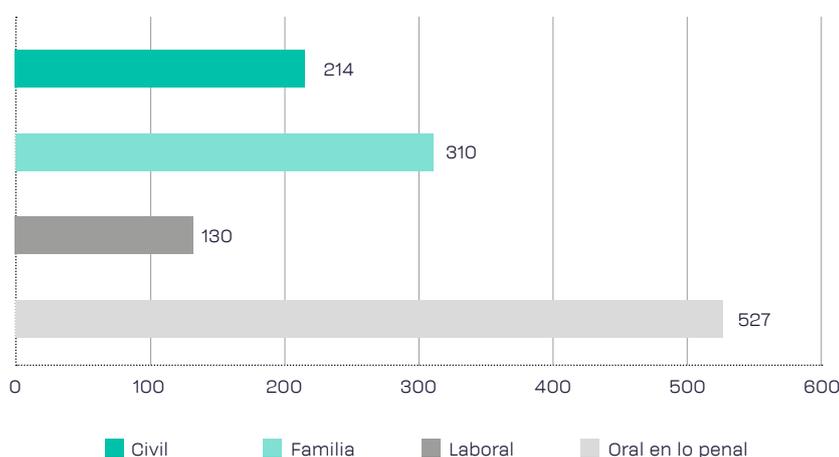


Figura 2. Duración del procedimiento (en días) hasta la sentencia.

Así se colige que una causa civil, desde su ingreso hasta la dictación de sentencia definitiva de primera instancia, dura en promedio 527 días corridos. En los tribunales de familia, en cambio, la duración promedio alcanza los 130 días, lo que aparece como una extensión razonable. Puede ayudar en este resultado la concentración del procedimiento que existe hoy en las causas de divorcio de común acuerdo, donde se analiza todo en una misma audiencia preparatoria o incluso, si se acredita la causal en ciertos casos, puede que se falle sin que sea necesaria.

En materia laboral llama la atención la extensión del juicio, que llega a 310 días en un procedimiento en que hay oralidad e intermediación y todo tiende a concretarse en una audiencia preparatoria y una audiencia de juicio.

En materia penal se limitó a la jurisdicción de los tribunales orales en lo penal, ya que, —si se considerara la duración desde la denuncia o querrela en un juzgado de garantía— podríamos llegar a varios años por la actividad de investigación propia del Ministerio Público que es anterior al juicio oral. El tribunal oral en lo penal nos marca un hito importante que es la acusación del Ministerio Público.

En el caso de los procedimientos de cobranza laboral se da una particularidad. El artículo 429 del CT consagra el principio de oficialidad en esta materia. En particular, la última parte del inciso primero ha generado una excesiva duración, del todo atentatoria a la seguridad jurídica y al derecho a un procedimiento dentro de un plazo razonable. Tal disposición impone al juez la obligación de adoptar «las medidas tendientes a evitar la paralización del proceso o su prolongación indebida». Hasta ahí, todo parece bien y en consonancia con la disposición del artículo 8.1 de la CADH. El problema viene al final cuando declara que, «en consecuencia, no será aplicable el abandono del procedimiento».

Si hablamos de cifras, nuevamente teniendo como fuente al propio Poder Judicial, la duración promedio de un juicio de cobranza laboral por no pago, cuando hay sentencia (es decir, hubo excepciones a la ejecución) es de 947 días calculados al primer semestre de 2022, luego de 1.224 días por otras causales de «término de la ejecución» y 1.242 días hasta que la ejecutante se desistió.

Pensemos un minuto en la lógica de un proceso de ejecución. Tenemos un título ejecutivo, mediante el cual se cobra una obligación indubitada, determinada y actualmente exigible. Supone que el deudor tiene medios para cubrir la obligación y el legislador apoya al acreedor —en este caso el trabajador— para cobrarse incluso con el auxilio de la fuerza. Pero es de común ocurrencia que el empleador, al final del día, ya no tenga más medios para pagar el total de lo adeudado, puesto que se han embargado y realizado todos sus bienes.

Nos planteamos ahora la duda de si se justifica mantener abierto, literalmente, *por toda la eternidad*, un proceso judicial que no tiene destino o en donde la defensa del trabajador sencillamente no hace nada. Porque sin abandono del procedimiento, no hay manera de salir de este juicio. El caso que se plantea es muy similar a lo que ocurría (y aún sigue ocurriendo) en los procedimientos de cobro administrativo en Tesorería, donde esta, actuando como juez sustanciador, estima que no hay abandono del procedimiento y que al haber operado el requerimiento

de pago se suspendió la prescripción. Por tanto, no puede volver a contarse sino hasta que el acto interruptor (el proceso) termine. Es decir, tanto en cobranza laboral como en el cobro administrativo de obligaciones tributarias los justiciables son «rehenes del proceso».

Una interpretación posible es que esta prohibición sea aplicable únicamente en el juicio ordinario laboral o en los procedimientos de tutela, donde se requiere de una participación más directa del juez en la colaboración para que el proceso siga su curso hasta la sentencia. Los tribunales del trabajo y los de cobranza laboral han sido reacios a acoger la tesis de que es admisible el abandono del procedimiento en los juicios de cobranza. De hecho, solo lo admiten y excepcionalmente cuando media una sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable la parte pertinente del artículo 429 del Código del Trabajo.

En efecto, se han presentado numerosos recursos de inaplicabilidad respecto de la parte final del artículo 429 de dicho código («y, en consecuencia, no será aplicable el abandono del procedimiento»), los que han sido acogidos. Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional 8995-2020 de 7 de enero 2021, se revisó un caso en que se rechazó una primera solicitud de abandono del procedimiento por el Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo, por existir norma expresa en ese sentido. El ejecutado incidentista interpuso acción de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, solicitando que se declarara inaplicable la disposición que impide declarar el abandono del procedimiento en el inciso primero del artículo 429 del CT por contravenir el derecho fundamental a un proceso y decisión judicial dentro de un plazo razonable.

El Tribunal Constitucional ponderó que había una inactividad de más de cinco años del trabajador ejecutante y que mantener indefinidamente el juicio como pendiente deriva en que se vulnera el debido proceso, en su expresión de un procedimiento dentro de un plazo razonable. El Tribunal Constitucional acoge la acción de inaplicabilidad, con los siguientes fundamentos referidos a la garantía invocada:

Décimo: Que, en relación con la garantía de un debido proceso, la jurisprudencia constitucional ha defendido y sostenido que el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas constituye un elemento integrante de tal protección. En efecto, al respecto ha señalado que se trata de un derecho sostenido doblemente en los conceptos indeterminados de «razonable» e «indebidas». La determinación de un plazo supondrá el



ejercicio de los derechos fundamentales de todos, como el derecho a ser oído y con las garantías procesales mínimas. El Tribunal Constitucional ha reconocido esta garantía como un mandato al legislador en la configuración de los procedimientos judiciales. Es decir, como una obligación constitucional que determina y condiciona la reserva de ley en materia procesal. Por lo tanto, se trata de un «límite material» a los procedimientos (Sentencia Tribunal Constitucional rol 5669 considerando decimotercero).

Undécimo: Que lo anterior es absolutamente concordante con el criterio sostenido por esta Magistratura desde fallos de antigua data, en los cuales indicó que por debido proceso se entiende aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de derecho. El debido proceso, más allá de consagrar los derechos de los litigantes y el poder-deber del juez en la forma que el constituyente ha establecido para eliminar la fuerza en la solución de los conflictos, genera un medio idóneo para que cada cual pueda obtener la solución de sus conflictos a través de su desenvolvimiento (Sentencia Tribunal Constitucional rol 619 considerando decimosexto).

Decimosegundo: Que siendo de este modo, la resolución de conflictos dentro de un plazo razonable constituye una expresión prístina de este debido proceso que busca resolver los conflictos de interés de relevancia jurídica, pues una controversia cuya resolución se dilata en el tiempo, lejos de alcanzar el objetivo pretendido, extiende artificialmente la discordia entre las partes, hace persistir la vulneración del ordenamiento jurídico y en definitiva priva a las partes del conflicto de una solución acorde a derecho que asegure la plena observancia de sus garantías y la eficacia del Estado de derecho. Y es precisamente esta extensión de una controversia judicial en el tiempo, sin certeza alguna del momento en que ello tendrá un punto cúlmine que restablezca el derecho de las partes unido a la imposibilidad de alegar el abandono de la actividad procesal, lo que configura un resultado atentatorio al debido proceso para el caso concreto de que se trata.

Decimotercero: Que tal como fuera señalado en Sentencia Tribunal Constitucional 5151 y 5152, «si bien el legislador goza de discreción y de un amplio margen en la regulación de las relaciones sociales, debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar



de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas para alcanzar tales fines legítimos y sean —las mismas restricciones— proporcionales a los bienes que de ellas cabe esperar (Sentencia Tribunal Constitucional, rol 1046, considerando vigesimosegundo). En tal sentido, la restricción legal contenida en el artículo 429 del Código del Trabajo y que en esta oportunidad se cuestiona, no satisface este estándar...» (Sentencia Tribunal Constitucional roles 5151 y 5152 considerando vigesimoprimerero).

Decimocuarto: Que tratándose de una sentencia dictada en sede laboral hace más de seis años, que aún se encuentra pendiente de cumplimiento, en el marco de un juicio ejecutivo en que aparece una evidente inactividad de la parte vencedora y que pese a ello se le impide a la parte vencida alegar tal inactividad y evitar las consecuencias gravosas que de ello deriva, aparece a todas luces como contraria a la exigencia de un debido proceso, y así será declarado.

También la Corte Suprema ha aplicado las normas protectoras del artículo 8.1 a los procedimientos de cobros administrativos, seguidos por las tesorerías regionales como tribunales sustanciadores. En estos casos, cuando las gestiones de cobranza se han abandonado más allá de dicho plazo, ha admitido la alegación de la prescripción del artículo 201 del Código Tributario. El fundamento, al igual que en el caso anterior, es el derecho a un procedimiento en un plazo razonable.

Derecho a la motivación de la decisión judicial

De la lectura de las normas constitucionales internas, como de la CADH e incluso del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, no hay una mención expresa al derecho a la motivación de la decisión judicial.

Este derecho se ha ido desarrollando por medio de la propia jurisprudencia internacional y doméstica, como una protección del justiciable a las eventuales arbitrariedades que pueda cometer el o la juzgadora.

En palabras de Carbonell y Letelier (2021: 347-380), «el derecho a una sentencia motivada consiste en que los litigantes puedan conocer el fundamento de la decisión judicial». La decisión del tribunal debe ser el producto de un razonamiento hecho sobre la base de antecedentes fácticos ponderados a la luz de las normas jurídicas que puedan aplicarse;



y ese desarrollo intelectual y lógico debe verse explicitando en la misma sentencia. Aunque, como se señaló, no hay un imperativo en normas constitucionales o de tratados internacionales y se ha ido configurando como derecho fundamental, en Chile tenemos desde antiguo normas de carácter legal que exigen un completo análisis de la fundamentación de las sentencias.

En la normativa interna se exige en el artículo 170 del CPC que las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales contengan «las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia» (número 4) y «la enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo» (número 5).

En materia penal, el artículo 342 letras c) y d) del Código Procesal Penal exigen que la sentencia contenga «la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297» y «las razones legales y doctrinales que sirven para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo».

El CT, en el artículo 459 hace la propio, al exigir que la sentencia dé cuenta del «análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación» y «de los preceptos constitucionales, legales o los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, las consideraciones jurídicas y los principios de derecho o de equidad en que el fallo se funda».

Finalmente, la Ley 19.968 sobre tribunales de familia dispone que la sentencia debe contener «el análisis de la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esa conclusión» y «las razones legales y doctrinarias que sirven para fundar el fallo».

En este pequeño recorrido a diversos procedimientos vemos que hay una exigencia común de explicitar en el fallo el razonamiento que hizo el juez o la jueza, a partir de los hechos que dio por acreditados (previa explicación de cómo llegó a tenerlos acreditados) y de la aplicación de la norma jurídica que invocó para dictar su sentencia.



Estas disposiciones contenidas en los códigos y leyes especiales se deben complementar con las del auto acordado sobre la forma de las sentencias de la Corte Suprema de 30 de septiembre de 1920. Dicho auto acordado ayuda al juzgador o juzgadora a ordenar el análisis que debe desarrollar en el fallo, de manera de darle una estructura lógica al razonamiento base a su decisión. De este modo prescribe que cuando se expresen las consideraciones que sirvan de fundamento al fallo, se deberán establecer «con precisión los hechos sobre los que versa la cuestión que deba fallarse, con distinción de los que hayan sido aceptados o reconocidos por las partes y de aquellos». Si no hubo discusión acerca de la procedencia legal de la prueba, el fallo debe precisar los hechos que se encuentren justificados con arreglo a la ley y los fundamentos que sirvan para estimarlos comprobados, haciéndose, en caso de ser necesario, la apreciación correspondiente de la prueba conforme a las reglas legales. Por el contrario, si hubiera surgido controversia acerca de su procedencia, el fallo debe mencionar la exposición de los fundamentos para aceptar o rechazar dicha prueba, sin perjuicio del establecimiento de los hechos en la forma recién expuesta.

Los hechos controvertidos han sido acreditados (o no) con los medios de prueba que fueron enunciados, aceptados y se analizaron y ponderaron según la evidencia rendida en juicio. De «hechos controvertidos», se pasa, si cumplen con el estándar de calificación probatoria, a «hechos establecidos» o acreditados. De nuevo, para tener tal carácter, el juzgador debe haber hecho y expresado el razonamiento mediante el cual llega a concluirlos como establecidos.

Estos hechos deben ahora ponderarse y calificarse de acuerdo con la ley, por lo que el razonamiento judicial debe concentrarse en la manera en que la norma que se invoca le es aplicable a la situación jurídica a que se refieren los hechos establecidos. Por ello se exige en el auto acordado (número 8), que, una vez establecidos los hechos, se señalen las consideraciones de derecho aplicables al caso. El juez o jueza debe enunciar las leyes o en su defecto los principios de equidad con arreglo de los cuales se pronuncia el fallo. Sin embargo, no basta con una mera enunciación, sino que deberá asociar cada una de las proposiciones fácticas establecidas a la norma que entiende aplicable, consignándolas en un orden lógico.

El razonamiento y fundamentación del fallo, como derecho fundamental, no se debe limitar a indicar las motivaciones que tuvo el juez



o la jueza para llegar a aceptar una determinada pretensión. También debe exponer en su sentencia, en el caso de omitirse la resolución de acciones o excepciones que considere incompatibles, los motivos que tuvo para considerarlas como tal.

La falta de motivación de los fallos deriva en diversos remedios procesales, como el recurso de casación en la forma, por haberse dictado la sentencia con omisión de alguno de los requisitos establecidos por la ley. En materia civil le es aplicable a este respecto el artículo 768 número 5 en relación con el artículo 170 del CPC y mientras que las sentencias dictadas por tribunales de familia son casables en la forma, por disposición del artículo 67 número 6 letra b) de la Ley 19.968. En este caso la falta de motivación, en tanto requisito de la sentencia definitiva definido en el artículo 66 de dicha ley, es una causal de casación en la forma. A diferencia de las otras causales de casación en la forma establecidas en la Ley de tribunales de familia, no se remite al artículo 768 del CPC, sino que para la falta de motivación determina una causal propia («en haber sido pronunciada la sentencia definitiva con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 66 de la presente ley»).

En los otros procedimientos reformados, la falta de motivación de las sentencias da lugar a recursos de nulidad (procedimientos laborales y penales). Así el CT determina como causal del recurso de nulidad (artículo 478) que la sentencia se hubiere dictado con omisión de cualquiera de los requisitos establecidos en sus artículos 459, 495 o 501 inciso final.³²

La falta de motivación en la sentencia penal da lugar al recurso de nulidad, conforme lo dispuesto en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, que señala que es causal la omisión de algunos de los requisitos de la sentencia establecidos en las letras c), d) y e) del artículo 342.

Una cuestión importante de destacar es el desarrollo que han hecho nuestros tribunales superiores a que puede darse una falta de motivación si en el desarrollo de las consideraciones de hecho y de derecho se manifiestan contradicciones. Se suele confundir erróneamente con otra de las causales de casación en la forma, que es la del artículo 768

³² La motivación como requisito de la sentencia definitiva se encuentra especificado en los números 4 y 5 del artículo 459, de manera implícita en el número 1 del artículo 495 para el procedimiento de tutela de garantías fundamentales (para declarar la existencia o no de la lesión de derechos fundamentales debe explicar cómo llega a esa conclusión), y en el 501 del CT. la motivación se entiende por la remisión al artículo 5 del artículo 459.



número 7, que es contener decisiones contradictorias. Se comprendería dentro de la causal quinta del artículo 768 del CPC, como una falta de consideraciones de hecho y de derecho, el contener razonamientos o motivaciones contradictorias.

En sentencia de la Corte Suprema de 11 de mayo de 2017, se refiere a este punto conociendo de un recurso de casación en la forma interpuesto en un procedimiento laboral:³³

Tercero: Que, respecto del primer vicio de nulidad alegado, esto es, la falta de consideraciones de hecho, se debe consignar que él solo concurre cuando la sentencia carece de fundamentos fácticos o jurídicos que le sirvan de sustento, es decir, cuando no se desarrollan los razonamientos que determinan el fallo y el mismo carece de normas legales que lo expliquen. Requisitos que son exigidos a las sentencias por la claridad, congruencia, armonía y lógica que deben observar en sus razonamientos.

Cuarto: Que, además, para que se configure la falta de consideraciones derivada de la existencia de motivaciones contradictorias, es necesario que la sentencia contenga fundamentos absolutamente contradictorios, produciéndose el natural efecto de eliminarse unos con otros, siendo necesario además que no contenga otras consideraciones que sustenten la decisión de fondo.

Octavo: Que, como se observa, efectivamente la sentencia impugnada contiene motivaciones antagónicas que no pueden coexistir, las que se acusan en la primera perspectiva del capítulo de casación en estudio, cuestión que deriva en la falta de consideraciones en relación al establecimiento de la capacidad extracontractual asentada por los sentenciadores toda vez que la referida contradicción conduce a la anulación de esos razonamientos, quedando desprovisto el fallo de la fundamentación exigida en el artículo 170 número 4 del Código de Procedimiento Civil, con lo cual se configura el vicio de casación formal previsto en el numeral 5 del artículo 768 del mismo cuerpo legal.

En fallos más antiguos la Corte Suprema ha dicho que las «consideraciones contradictorias que se destruyen recíprocamente y que conllevan la carencia de fundamentos de un veredicto, son aquellas que involucran una anulación de antecedentes y de raciocinio, en forma tal que la de-

33 Sentencia Corte Suprema de 11 de mayo de 2017, rol de ingreso número 64310-2016, cita MicroJuris: MJJ49726.



terminación que se extraiga como consecuencia resulte estar claramente desposeída de motivaciones y fundamentos». ³⁴ En otro, la Corte Suprema dijo que «adolece de falta de consideraciones la sentencia que contiene fundamentos contradictorios, pues éstos se destruyen entre sí». ³⁵

En la jurisdicción interamericana se destaca que el primer caso resuelto por la CIDH en que se alegó la falta de motivación de las sentencias dictadas por sus tribunales fue el de *Lori Berenson con Perú*. ³⁶ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunció ante la corte que la sentencia que había condenado a Lori Berenson en el fuero ordinario carecía de motivación de hechos, por cuanto no enunció los medios de prueba que fundamentaron su decisión. La CIDH rechazó la demanda, respecto a una presunta infracción al artículo 8.2 de la convención en lo referido a la falta de motivación en el juicio que se le siguió en el fuero ordinario (tuvo otro en la jurisdicción militar), adoptando un criterio formalista, sin entrar a calificar la calidad de ese razonamiento o motivación.

Ya más adelante, la Corte Interamericana desarrolló más los aspectos relevantes y necesarios asociados al deber de motivación de las sentencias. Los criterios que la corte ha adoptado para explicitar el contenido del derecho a la motivación de las sentencias son sintetizados por Salomón y Blanco (2021: 226 y 227):

- El deber de motivar es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra, confiando credibilidad a las decisiones jurídicas y, al exigirse motivación, se evitan decisiones arbitrarias.
- La motivación demuestra que las partes han sido oídas y que se han tomado los alegatos y pruebas allegadas por las partes.
- Cuando la sentencia es recurrible, posibilita a la parte afectada criticar la resolución y lograr con ello un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores.

34 Sentencia Corte Suprema, 20 de junio de 1978, R., t. 75, sec. 1.ª, p. 203.

35 Sentencia Corte Suprema, 24 de marzo de 1971, R., t. 68, sec. 1.ª, p. 58.

36 Caso *Lori Berenson Mejía con Perú*, 2004.

Derecho a la no doble persecución (cosa juzgada)

El artículo 8.4 de la CADH consagra el derecho del inculpado absuelto por una sentencia firme a no ser sometido a un nuevo juicio «por los mismos hechos». Claramente la disposición, en su literalidad, tendría aplicación restringida al ámbito penal. Es la concreción del principio del *non bis in idem* o la imposibilidad de juzgar (y menos condenar) a una persona por los mismos hechos por los que ya fue enjuiciado.

Este artículo tiene su correlato en el artículo 14.7 del PIDCP, que dice que «nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país». Aunque se plantean de una manera muy similar, se dice que uno es más amplio que el otro en su protección, ya que la convención habla de que no se puede enjuiciar a una persona por los «mismos hechos» y el PIDCP refiere específicamente a delitos por los cuales el afectado haya sido ya condenado o absuelto.

Esta protección más amplia del artículo 8.4 permitiría, por ejemplo, a quien fue condenado o absuelto en un juicio, impedir un nuevo juzgamiento si en el primero se le persiguió por hechos que tenían una determinada calificación jurídica —delito común, por ejemplo— y en este nuevo juicio se le quiere perseguir por los mismos hechos, pero calificados diferentemente; por ejemplo, ahora como delito terrorista.

Cabe agregar que el constituyente no ha consagrado de manera directa el principio del *non bis in idem* (o derecho a no ser juzgado por un mismo hecho de condena o absolución previa). Pero por extensión del artículo 5 de la Constitución estaría reconocido, ya que nos remite a los textos ya citados de la convención y del pacto y los incorpora al sistema interno.

La amplitud protectora del artículo 8.4 que cubre todo hecho más que delito, sirve también a cuestiones que pueden derivar en sanciones administrativas, aplicadas de manera exclusiva o no, por órganos de la administración. Esto significa que un mismo hecho podría dar lugar a responsabilidades penales, pero también administrativas. O bien, estar sancionado por dos leyes diversas, cuyo control y determinación de responsabilidades corresponde a dos órganos de la administración distintos.



Este último supuesto fue objeto de análisis en un recurso de casación en el fondo resuelto por la Corte Suprema.³⁷ Los hechos consistieron en que, tras un accidente del trabajo, una empresa fue objeto de dos procedimientos sancionatorios: uno administrativo seguido ante la Inspección del Trabajo y uno sanitario, de competencia de la Seremi de Salud de Antofagasta.

La empresa dedujo reclamación en contra de la resolución de la Seremi, acción autorizada por el artículo 171 del Código Sanitario. Esta, tras acoger parcialmente un recurso de reposición administrativo sancionó a la empresa, pero rebajó la multa, inicialmente impuesta, a 40 UTM. Tras una visita de fiscalización de un funcionario de dicha secretaria ministerial en septiembre de 2020, la autoridad sanitaria constató deficiencias que constituían, a su juicio, una infracción a los artículos 3, 36 y 37 del Reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo, (DS número 594/99 del Ministerio de Salud), y el artículo 21 del Reglamento de prevención de riesgos profesionales (DS número 40/1969 del Ministerio del Trabajo).

Contra esta última resolución fue que la empresa afectada dedujo reclamación ante la jurisdicción civil. Fundó su acción en dos argumentos, uno de los cuales era que los mismos hechos —el accidente laboral de su trabajador— habían dado lugar a dos procesos de fiscalización distintos y a dos sanciones administrativas diversas. Por un lado, la Inspección comunal del trabajo de El Loa, por resolución de 20 de agosto de 2020, le aplicó cinco multas por un total de 90 UTM. Y la segunda, que fue objeto de reclamo en sede civil, por las 40 UTM. Alegó la actora que los hechos sancionados por la inspección «configuran las mismas infracciones que imputa a su parte la Seremi de Salud, como no mantener las condiciones adecuadas de seguridad o no tener y no informar procedimientos de trabajo seguro».

El tribunal de primera instancia rechaza la reclamación sin costas y la Corte de Apelaciones de Antofagasta confirmó dicho fallo. La de primera instancia declaró que la reclamación no se fundaba en ninguno de los supuestos que el artículo 171 del Código Sanitario establece para

37 Sentencia Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2023, rol ingreso número 25.197-2022, sentencia de casación.



acoger una reclamación.³⁸ En cuanto al aspecto que nos interesa, tanto la primera como la segunda instancia manifestaron que la infracción al principio *non bis in idem* alegada por la empresa reclamante, «por su naturaleza intrínseca, no atañe ni faculta al interprete para ejercer la subsunción necesaria y destaca que, de hecho, las causales legales no hacen referencia a una hipótesis extintiva, por lo cual rechaza el reclamo en este capítulo». Se interpuso entonces un recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta.

Este recurso denunció la infracción a los artículos 6 y 19 número 3, inciso octavo y final, de la Constitución y demás normas de esta que se refieren al debido proceso y a la vulneración, además, de los artículos 14 número 7 del PIDCP y 8 de la convención, ambos en relación al inciso segundo del artículo 5 de la Constitución. Al resolver la casación en el fondo, la Corte Suprema determinó que, para calificar si había una violación a la garantía de prohibición al doble juzgamiento, primero debía revisar si los hechos que la Seremi de Salud imputaba a la actora multada ya habían sido sancionados por la Inspección del Trabajo.

Consideró que «para resolver al respecto solo se han de comparar las circunstancias fácticas establecidas en ambos actos que guarden semejanzas y que se relacionen entre sí». Dejó fuera de ese control dos hechos que fueron objeto de sanción por la Inspección del Trabajo y que no habían sido investigados ni, por tanto, sancionados por la autoridad sanitaria en la resolución de la Seremi que se reclamaba.

Tras examinar los hechos que parecían coincidentes en ambas resoluciones sancionatorias, la Corte Suprema concluyó (considerando decimoprimer) que todos, salvo dos de ellos, son coincidentes y que podían subsumirse en los incluidos en la resolución sancionatoria anterior de la Dirección del Trabajo. También expresa (considerando decimosegundo) que «no es cuestionable, en principio, que dos órganos de la administración del Estado, sean estos centralizados o descentralizados, como son en este caso la Seremi de Salud y la Dirección del Trabajo, dentro

38 El artículo 171 del Código Sanitario, en su inciso segundo, se plantea en términos imperativos para el juzgador o juzgadora, por cuanto instruye a rechazar la reclamación cuando «los hechos que hayan motivado la sanción se encuentren comprobados en el sumario sanitario de acuerdo a las normas del presente Código, si tales hechos constituyen efectivamente una infracción a las leyes o reglamentos sanitarios y si la sanción aplicada es la que corresponde a la infracción cometida».

de su competencia, hayan podido imponer sanciones derivadas de unos mismos hechos, especialmente atendido lo dispuesto, entre otras disposiciones, en el artículo 184 del Código del Trabajo, que es una norma legal común para ambos órganos, sin perjuicio de sus facultades propias derivadas de las disposiciones que individualmente los rigen, en lo que interesa, principalmente el Código Sanitario y el Código del Trabajo, respectivamente, y sus preceptos reglamentarios».

De este primer análisis, entonces, nuestra Corte Suprema determina que no existe, en principio, incompatibilidad funcional para que dos órganos de la administración investiguen y sancionen hechos que se encuentren dentro de su esfera de competencia legal.

La sentencia de la Corte Suprema da cuenta de que, a diferencia de lo que existe en materia penal, el principio del *non bis in idem* no tiene una regulación general. A pesar de ello, reconoce que tanto la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional y la Constitución, lo han hecho extensivo y aplicable al derecho administrativo sancionador (considerando decimocuarto). Ahora bien, para que concurra este principio deben cumplir con requisitos materiales y procesales. Según consignó en la sentencia de reemplazo dictada con ocasión del mismo recurso, los requisitos materiales del *non bis in idem* exigen la concurrencia de una triple identidad:

- i) Cuando exista identidad de sujeto. Si se trata de una persona natural no hay mayores complejidades puesto que se exige que sea la misma persona física (condenada o absuelta); independientemente de la forma (individual o solidaria) y del título de culpabilidad esgrimido contra ella (dolo, culpa, incumplimiento de un deber de cuidado, entre otros).
- ii) Identidad objetiva, de hecho, o fáctica. Importa la configuración efectiva o práctica de una acción u omisión susceptible de ser encajada en una descripción legal típica. En efecto, no todo hecho u omisión será constitutivo de un ilícito, solo aquellos que importen una afeción a intereses y bienes jurídicos de especial importancia para el Derecho. Ahora bien, la aplicación práctica de esta entidad no está exenta de dificultades, así, un mismo hecho puede realizar simultáneamente las exigencias de distintos tipos penales y/o infraccionales (concurso de leyes), y, consecuentemente, puede ser discutido en diversas instancias, sean administrativas o judiciales (pluralidades de enjuiciamientos). No obstante, tal como se ha sostenido previamente, la posibilidad de que un mismo hecho pueda dar origen a distintas infracciones con

diversos procedimientos, y la autoridad habilitada a resolver el caso concreto deberá prestar especial atención en la relación existente entre dichos hechos y los bienes jurídicos que se buscan tutelar, a partir de lo cual podrá determinar si efectivamente se produce una afectación al principio y, en su caso, al principio de proporcionalidad.

iii) Identidad de fundamento punitivo. En términos simples, esta identidad busca determinar si las normas concurrentes protegen o no un mismo bien jurídico. En general las normas no establecen de manera categórica el o los bienes jurídicos que protegen, por lo cual será necesario verificar si en ellas efectivamente existe una doble protección. De ahí que cabe prevenir que la regulación de sanciones en preceptos diversos no importa per se la exclusión de esta identidad, ello por cuanto establecida la confluencia de dos o más disposiciones sancionadoras respecto de un mismo hecho y sujeto, sea necesario determinar si el bien jurídico que ambas buscan resguardar queda en todo o en parte subsumido y/o garantizado por la otra disposición concurrente.³⁹

En su variante procesal, para que sea procedente la *non bis in idem* deben concurrir dos procedimientos administrativos sancionatorios, ya sean estos simultáneos o sucesivos. De manera que es posible configurar que estamos ante un supuesto de doble juzgamiento una vez que confluyen los tres requisitos materiales y procesales ya indicados.

Habiendo acreditado esta concurrencia, la Corte Suprema termina por acoger el recurso de casación en el fondo, por infracción a las normas precitadas de la Constitución y de los tratados internacionales invocados. En su sentencia de casación expresa:

Decimoséptimo: En consecuencia, y al tenor de lo razonado en lo que precede, se ha de concluir que los magistrados del mérito efectivamente incurrieron en los yerros jurídicos denunciados en el recurso de casación en examen, errores que han influido en lo dispositivo de la decisión, toda vez que, de no haberse incurrido en ellos, la defensa opuesta por la reclamante, basada en que el principio *non bis in idem* fue vulnerado, debió ser acogida, al menos parcialmente, pues, como surge de los antecedentes relacionados más arriba, la ausencia de un procedimiento de trabajo seguro, la falta de procedimientos para identificar riesgos y de métodos de control de los mismos y la circunstancia de que los trabajadores desempeñaran sus labores sin arnés de seguridad, también fueron

39 Sentencia Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2023, rol ingreso número 25.197-2022, sentencia de reemplazo.

sancionadas por la Inspección del Trabajo, motivo por el cual el recurso de nulidad sustancial en estudio será acogido, de la forma que se dirá en lo resolutivo.

En conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 767 y 785 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto por la reclamante en lo principal de la presentación de once de junio de dos mil veintidós, en contra de la sentencia de veinticinco de mayo del mismo año, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, la que, por consiguiente, es nula y es reemplazada por la que se dicta a continuación.

Como se ve, la corte reitera un criterio que venía desarrollando en cuanto que, primero, el legislador puede establecer competencias concurrentes entre órganos administrativos para investigar y determinar las respectivas responsabilidades; pero que, para imponer las sanciones, debe tener presente la garantía del *non bis in idem*, en cuanto es manifestación del *ius puniendi* del Estado.

En el Tribunal Europeo se planteó la cuestión de si es posible determinar responsabilidades de naturaleza diversa en procedimientos y jurisdicciones distintas. Así ocurrió, como cuenta Rodríguez Brescia en el caso *Gradinger con Austria*,⁴⁰ que determinó «que dos decisiones litigiosas basadas en un mismo comportamiento, aun cuando este se encuentre caracterizado en disposiciones distintas, con naturaleza y fines diferentes, violan el principio *non bis in idem*, y por ende, el artículo 4 del Protocolo número 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos» (Rodríguez Brescia, 1998: 1325). El caso en comento versaba sobre los dos juzgamientos y condenas que tuvo el señor Gradinger quien, conduciendo bajo los efectos del alcohol, dio muerte a un ciclista. Primero fue juzgado y condenado por un tribunal penal y luego por uno penal administrativo —por infracción a las leyes del tránsito— que sancionan el manejo en estado de ebriedad.

La Corte Suprema, el Tribunal Constitucional y la Constitución han reconocido la aplicación amplia del *non bis in idem* a áreas diversas del derecho penal, como el derecho administrativo sancionador. Pero, al mismo tiempo, la CIDH ha limitado su ejercicio. Esta ha fallado que el derecho a la no doble persecución penal no es absoluto, ya que encuen-

40 *Gradinger con Austria*, decisión de 23 de octubre de 1995. Serie A número 266, pp. 64-66, párrafos 48, 54 y 55.

tra limitaciones a su aplicación si los actos cuya sanción se persigue (en un segundo juicio) constituyen violaciones graves a los derechos humanos y que, en el primer juzgamiento, tales hechos fueron absueltos o quedaron en la impunidad.

En el caso de 2001 *Almonacid Arellano y otros con Chile*, la corte ha declarado que la garantía fundamental de prohibición de doble enjuiciamiento no es un derecho absoluto y determinó que había tres supuestos de excepción:

1. Cuando la actuación del tribunal que conoció originalmente el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal.
2. Cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales.
3. Cuando no hubo intención real de someter al responsable a la acción de la justicia.

A juicio de la Corte Interamericana, cuando se da alguno de estos supuestos y una sentencia firme que produce el efecto de cosa juzgada (absolutoria incluso), se admitiría la reapertura del caso o un nuevo enjuiciamiento para la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos. La cosa juzgada producto de un proceso con alguna de estas características es «aparente» o «fraudulenta» y por tanto admite la excepción al principio de *non bis in idem*.

Parece bastante claro que, en materia penal —e incluimos aquí todo asunto de naturaleza infraccional— constituye un derecho fundamental el no ser juzgado por los mismos hechos cuando ya se ha condenado o absuelto al individuo protegido, salvo las excepciones ya señaladas. Esto supone la existencia una sentencia firme que produzca el efecto de cosa juzgada.

Ahora bien, la cosa juzgada es un elemento o efecto replicable a todo tipo de procedimiento jurisdiccional y da estabilidad a las relaciones sociales. Supone que no puede volver a discutirse un mismo asunto, si entre la causa original y la nueva se da una triple identidad: identidad legal de personas (mismos sujetos procesales involucrados), identidad en la causa de pedir (mismo fundamento jurídico de la pretensión) e identidad en el objeto o cosa pedidos.



La cosa juzgada genera también seguridad jurídica al impedir discutir indefinidamente respecto de materias previamente falladas. Otorga al sujeto pasivo de la relación procesal una defensa, cual es la excepción de cosa juzgada. Será luego labor del juez o la jueza que conozca del incidente que esta excepción provoque la determinación de si se está o no ante una triple identidad que imposibilite absolutamente iniciar un nuevo juicio. Si no hay triple identidad no es un nuevo juicio, sino que uno distinto, pues discuten partes diversas, tienen un fundamento jurídico disímil o se está reclamando un objeto o cosa diferentes.

Algunos autores consideran que la seguridad jurídica es, en un Estado de derecho, un elemento propio de la dignidad humana. Y si la cosa juzgada es generadora de seguridad jurídica aquella también sería un derecho fundamental. Para la concepción que defiende la cosa juzgada como derecho fundamental en un Estado donde existe inestabilidad jurídica, los individuos no se encuentran en condiciones de confiar en las instituciones públicas y sociales, incluyendo el derecho, y una cierta inestabilidad de su propia condición jurídica ofende directamente el derecho a la dignidad de la persona humana (Machado Martins, 2017: 16).

Según destaca Machado Martins es muy excepcional encontrar ordenamientos jurídicos que declaren expresamente a la cosa juzgada como derecho fundamental. Da como ejemplo la Constitución Federal de Brasil de 1988, que la consagra en su artículo 5 número XXXVI, al establecer que la ley no perjudicará los derechos adquiridos, actos jurídicos perfectos ni la cosa juzgada.

Pero, a decir verdad, la cosa juzgada no es por sí misma un derecho fundamental. Más bien lo son los efectos que ella produce, que sí son asegurados por el constituyente. Si el artículo 19 número 24 de la Constitución garantiza el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes, corporales e incorporales, se entiende que podemos tener propiedad sobre derechos. La cosa juzgada tiene efectos procesales, y uno de ellos, como se ha dicho, es la legitimación que tiene aquel beneficiado por la sentencia de oponer la excepción de cosa juzgada. Este tiene un derecho de propiedad sobre el derecho a la excepción, pero no es la cosa juzgada, entonces, el derecho fundamental.

Como lo afirma Machado Martins, no sería posible considerar a la cosa juzgada como un derecho fundamental, por cuanto la garantía de la seguridad jurídica no puede transformar a todas las instituciones que a ella se relacionan, a su vez, en un derecho fundamental. Esto provoca-

ría el efecto contrario, ya que, al comenzar a ampliar las garantías esenciales a sus derivaciones, se termina por «diluir la fundamentalidad de los derechos fundamentales» (2017: 27).

Como conclusión, la prohibición al doble juzgamiento por los mismos hechos (CADH) o delitos (PIDCP) es una garantía fundamental que encuentra protección en los sistemas nacionales aun cuando no exista norma expresa. Puede aplicarse a casos en que los mismos hechos puedan configurar tipos penales diversos (por ejemplo, entre delitos comunes y delitos terroristas) o que su juzgamiento corresponde a jurisdicciones distintas (jurisdicción criminal común y justicia militar).

Luego, no se limita al aspecto puramente penal, sino que alcanza a todas aquellas materias en que se expresa el *ius puniendi* del Estado, como en las normas de derecho administrativo sancionador. Pero al mismo tiempo, y a pesar de ser una garantía para el imputado, acusado o sumariado, no es un derecho absoluto. Esto pues si en el primer caso el afectado fue absuelto o sobreseído, será posible rever esos hechos ya juzgados, si se refieren a delitos que constituyen violaciones graves a los derechos humanos, siempre que se cumplan los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Derecho al recurso

Nos movemos del artículo 8 de la convención y pasamos a su artículo 25. Se ha dicho que ambas normas forman el entramado normativo del debido proceso, donde el artículo 8 da el contenido y el 25 las herramientas con las cuales se ejercen los derechos.

A pesar de su redacción, el artículo 25 se refiere a la protección judicial de las garantías fundamentales en sentido amplio, y no al recurso restringido a los medios de impugnación o un derecho a la doble instancia:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados parte se comprometen:
 - a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

- b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial;
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Con anterioridad la Declaración Universal de Derechos Humanos había consagrado en el artículo 8 que «toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley».

La disposición se complementa con el artículo 14 del PIDCP que a su vez garantiza que «todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia», y el «derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente».

El derecho al recurso judicial efectivo

Medina Quiroga (2016: 350) afirma que la redacción original del artículo 25 de la convención consagraba el derecho individual de las personas a ser protegidas en sus derechos fundamentales por medio de remedios o recursos judiciales efectivos, simples y oportunos, que ampararan sus garantías frente a las vulneraciones que pudieran sufrir. Explica que los autores de dicha convención pretendían establecer a nivel interamericano un recurso de una naturaleza similar al amparo constitucional o recurso de amparo,⁴¹ ya establecido por la Constitución mexicana de 1857. De allí que se usara el verbo amparar en la redacción del artículo 25.

En el amparo, entendido como acción protectora de garantías fundamentales —tal como se ha recogido por nuestros tribunales superiores para la acción de protección— se requiere que el recurrente sea titular de un derecho indubitado y que la vulneración a las garantías constitucionales aparezca como manifiesta, de modo de asegurar una respuesta rápida del órgano jurisdiccional. Sin embargo, en la discusión de la Convención Constitucional se modificó la redacción propuesta, quedando como aparece hoy: de una manera más amplia. No solo hay el derecho a un amparo (recurso sencillo y rápido), sino a cualquier otro recurso

41 El amparo constitucional a nivel latinoamericano es homologable a nuestra acción o recurso de protección de garantías constitucionales, pero también incluye el *habeas corpus* («nuestro» recurso de amparo) y, ahora, el *habeas data*.



efectivo, independiente del tiempo que demande o la complejidad que este suponga.

En otro ámbito, algunos mecanismos de control de la actividad jurisdiccional pueden ser entendidos como una manifestación del derecho al recurso. Partamos por la superintendencia correccional y directiva de la Corte Suprema y la que tienen los tribunales superiores sobre sus subalternos. Si un juez, jueza o auxiliar de la administración de justicia comete una falta o abuso en sus funciones y estas causan alguna vulneración a los derechos de los y las justiciables, estos tendrán derecho a deducir una queja disciplinaria. Por ejemplo, si un magistrado o magistrada excede el plazo legal para dictar sentencia, si bien los plazos judiciales no son fatales, puede afectar el derecho a una decisión dentro de un plazo razonable. El justiciable puede ocurrir al superior jerárquico y denunciar la vulneración de sus derechos por la inejecución de las obligaciones del juez o jueza.

También en el recurso de queja cuando hay una sentencia respecto de la cual no proceden otros medios de impugnación y el juez o jueza han cometido falta o abuso en la dictación del fallo. Muchas veces se mal usa este recurso para introducir una instancia donde no la hay, pero en su gran mayoría se justifica por vulneraciones relevantes al debido proceso como la falta de valoración de la prueba (tal cual alguno de los fallos que se citan en este trabajo).

Para entender el requerimiento del artículo 25 vamos a detenernos en las tres características que deberían tener estos remedios o recursos en favor de las garantías fundamentales de los y las justiciables: i) que sea un recurso judicial; ii) un recurso sencillo y rápido; iii) un recurso efectivo.

La naturaleza judicial del recurso implica que, sin importar el órgano que toma la decisión que puede afectar los derechos fundamentales, el lesionado puede pedir su revisión por un tribunal o un órgano jurisdiccional. Por ejemplo, la administración por medio de la Seremi de salud impone una multa en un sumario sanitario, y el afectado puede reclamar judicialmente de la misma.

A nivel interamericano resulta interesante el caso *Castañeda Gutman con México* (2008), porque precisamente se da en un contexto inicial ajeno al sistema de justicia. Este se inicia porque el exministro mexicano Jorge Castañeda Gutman pretendía inscribirse ante el Instituto Federal Electoral, en ejercicio del derecho constitucional a ser electo como candidato independiente a la presidencia de México en 2004. No

obstante, las normas internas de dicho Estado establecían que solo podían inscribirse como candidatos quienes fueran propuestos por partidos políticos, por lo que el instituto rechazó esta petición. El señor Castañeda recurrió de amparo constitucional, el que fue desestimado por el tribunal. Ante tal negativa, se alzó ante la Suprema Corte de México mediante un recurso de revisión, el que fue sobreseído dejándolo privado de postular a la presidencia.

Jorge Castañeda demandó en 2005 a los Estados Unidos Mexicanos ante la CIDH. Fundó su recurso en que dicho Estado no contaba en el ámbito interno con algún recurso sencillo y efectivo para el reclamo de la constitucionalidad de los derechos políticos, lo que derivó en el impedimento para inscribir su candidatura independiente a la presidencia de México (para las elecciones que se celebraron en julio de 2006). Lo interesante en este caso es que sí había un recurso: era solicitar ante la suprema corte la inaplicabilidad de la cuestionada norma de la ley electoral. Pero esta posibilidad, a la luz del razonamiento de la CIDH no era ni sencilla, ni rápida, ni efectiva para reclamar la protección de sus derechos constitucionales, ya que es un recurso extraordinario limitado, entre otros aspectos, en su legitimación activa.

91. La Corte observa que tanto la Comisión como los representantes destacaron la ausencia de un recurso sencillo, rápido y efectivo para que la presunta víctima reclamara la protección de sus derechos reconocidos por la Constitución, para sustentar la alegada violación del artículo 25 de la Convención. En este sentido, la Corte considera, al igual que la Comisión y el Estado, que el recurso de amparo interpuesto por la presunta víctima no era la vía adecuada en ese caso, dada su improcedencia en materia electoral.

92. Este Tribunal estima que no es en sí mismo incompatible con la Convención que un Estado limite el recurso de amparo a algunas materias, siempre y cuando provea otro recurso de similar naturaleza e igual alcance para aquellos derechos humanos que no sean de conocimiento de la autoridad judicial por medio del amparo. Ello es particularmente relevante en relación con los derechos políticos, derechos humanos de tal importancia que la Convención Americana prohíbe su suspensión, así como la de las garantías judiciales indispensables para su protección (infra párrafo 140).



Es decir, es posible limitar las materias que son objeto de protección por la vía del amparo constitucional en la medida que exista, para los otros derechos constitucionales no incluidos, un recurso de la misma naturaleza.

Derecho al recurso como derecho a la instancia

Ahora bien, ya hemos dicho que no se debe confundir el derecho al recurso con el derecho a la instancia, pero tampoco se puede excluir. El derecho a la revisión de las decisiones judiciales podría eventualmente considerarse como integrante de esta garantía, si la interpretamos de manera más amplia. Ni el párrafo 1 ni el párrafo 2 del artículo 25 circunscriben la vulneración a un determinado sujeto activo: puede ser la administración, un particular o incluso otro órgano del Estado, como los mismos tribunales.

Esto sería coherente con lo ya señalado en el artículo 8.2 de la convención que consagra expresamente el derecho a impugnar las sentencias, aunque lo refiera al ámbito penal (artículo 8.2 letra h). Pero como ya lo adelantamos en el capítulo 2 (parte anterior de este trabajo), la misma Corte Interamericana ha resuelto que estas garantías en materia penal son replicables a asuntos de carácter civil o administrativo.

Prueba de la recepción de este derecho es el caso en que se dedujo un recurso de apelación en contra de una declaración de inadmisibilidad de una acción de protección (contemplado en el auto acordado que regula el recurso de protección como subsidiario de una reposición). En dicho asunto, no procedía formular la apelación de forma directa. La Corte de Apelaciones, por tanto, la había declarado inadmisibile. Sin embargo, la Corte Suprema privilegió el derecho al recurso por sobre la omisión:

Tercero: Que, como se advierte, el recurso de apelación [deducido contra la resolución de la Corte de Apelaciones que declara inadmisibile el recurso de protección impetrado] —que ha sido interpuesto dentro de plazo— es contemplado en forma subsidiaria de la reposición, contexto en el que, aun cuando esta no haya sido interpuesta, esta Corte estima que el derecho al recurso debe prevalecer como parte de la garantía fundamental al debido proceso contemplada por el artículo 19 número 3 de



la Carta Fundamental y en el artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, aprobada por nuestro país.⁴²

Aunque lo veremos en un acápite separado, en derecho administrativo también se establece como principio del procedimiento administrativo el principio de impugnabilidad. Así se consagra en el artículo 15 de la Ley 19.880 de bases de los procedimientos administrativos:

Artículo 15. Principio de impugnabilidad. Todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establezcan las leyes especiales.

Sin embargo, los actos de mero trámite son impugnables solo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión.

La autoridad que acogiere un recurso interpuesto en contra de un acto administrativo, podrá dictar por sí misma el acto de reemplazo.

Ya la Corte Suprema ha dicho que, así como se impone el derecho a impugnación en el ámbito jurisdiccional, también se extiende al procedimiento administrativo, fundada en las mismas normas internas e internacionales.

Y se tiene además presente que, como se ha sostenido previamente, esta Corte estima que el derecho al recurso, en el caso aun en su fase administrativa, debe prevalecer como parte de la garantía fundamental al debido proceso contemplada por el artículo 19 número 3 de la Carta Fundamental y en el artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, aprobada por nuestro país.⁴³

Comprendido así, el derecho al recurso se materializa de dos maneras. Por una parte, el acceso a un medio de carácter jurisdiccional que tenga el carácter de sencillo, rápido y efectivo para la protección o amparo de los derechos y garantías fundamentales. Por otra, el derecho a la instancia, que deriva de la misma redacción del artículo 25, principalmente en la parte final del párrafo 1, en concordancia con lo señalado en el artículo 8.2 de la misma convención.

42 Sentencia Corte Suprema de 17 de octubre de 2022, rol 120423-2022.

43 Sentencia Corte Suprema de 27 de marzo de 2014, rol ingreso 110.968-2022.

Garantías de tipo orgánicas y funcionales

Cuando tratamos la concepción del debido proceso, algunas definiciones referían con exactitud que se trata de una garantía necesaria para el Estado de derecho. Puede en principio parecer ajeno al debido proceso, pero la independencia judicial interna (entre tribunales) y externa (tribunales con otros poderes del Estado) forma parte integrante del sistema de garantías del debido proceso.

Partamos desde la Declaración Universal de Derechos Humanos. Su artículo 10 impone a los estados la obligación de garantizarle a las personas el acceso a un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de los derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación en contra de ella en materia penal.

De su lado el artículo 8 de la convención consagra el derecho a un juez o tribunal independiente e imparcial y el PIDCP en su artículo 14.1 hace lo propio garantizando el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial. A nivel de garantías constitucionales no hay de manera expresa un derecho a un juez independiente e imparcial, pero se subentiende del derecho a la igual protección en el ejercicio de los derechos, ya que la ausencia de independencia e imparcialidad es la negación de la igualdad en este ejercicio.

La facultad de juzgar, en sencillo, consiste en decidir cuál de las pretensiones sometidas a juicio tiene mejor derecho. Este ejercicio intelectual debe fundarse en un factor de calificación objetivo, que es la ley. Esta es una para todos los ciudadanos y es con una misma ley que se juzga a todas las personas. Cuando estas se organizaron delegaron en terceros la facultad de decidir sus conflictos, pero con una condición: que quien decidiera fuera un tercero ajeno a las partes.

Esta exposición, que a la luz de los conocimientos del lector puede resultar pedestre, resulta fundamental para entender la importancia de la independencia y la imparcialidad en el ejercicio de la función jurisdiccional. Quizás por lo básico y evidente de esta afirmación es un tema poco desarrollado en sí mismo respecto de los jueces.⁴⁴ Si además lo

44 Sí hay un importante desarrollo doctrinario y jurisprudencial respecto de los jueces árbitros, dado que, por su carácter temporal y no permanente, tienen una mayor exposición a potenciales conflictos de intereses que pueden poner en duda su independencia e imparcialidad.

proyectamos al tratamiento legislativo, nos vamos a encontrar con dos categorías de inhabilidad: las recusaciones y las implicancias que, a mayor abundamiento, responden a causales muy estrictas y tasadas. Esto puede desentrañar un problema que va de la mano con los avances de la sociedad y, por cierto, de la tecnología, donde el concepto de «conflicto de interés» va tomando contornos mucho más amplios.

Lo cierto es que, como lo recoge el fallo de la Corte Suprema de 29 de diciembre de 2022, la palabra juez lleva implícito el carácter de imparcial. Es decir, no se podría ser juez o jueza sin ser imparcial. Cita este fallo a Julio Maier quien señala:

Que la palabra «juez» no se comprende, al menos en el sentido moderno de la expresión, sin el calificativo de «imparcial». De otro modo: el adjetivo «imparcial» integra hoy, desde un punto de vista material, el concepto «juez», cuando se lo refiere a la descripción de la actividad concreta que le es encomendada a quien juzga y no tan solo a las condiciones formales que, para cumplir esa función pública, el cargo permanente o accidental requiere. (Julio Maier, Derecho Procesal Penal, Tomo I Fundamentos, 2ª edición, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2002, p. 739).⁴⁵

También hay actividades jurisdiccionales cuya verdadera independencia o imparcialidad es cuestionable. Por ejemplo, en el procedimiento administrativo donde es el mismo organismo —cierto es que son distintas autoridades dentro de este— el que toma la decisión final. En tal sentido, Bordalí Salamanca (2009: 264) sostiene que:

Hay varios aspectos de la jurisdicción chilena que no se compadecen con el respeto [de la garantía a un juez o jueza independiente e imparcial]. Hay materias en que la violación del derecho en cuestión es flagrante, como ocurre con la justicia militar en tiempos de paz y con la actividad jurisdiccional que desarrolla la administración. Se trata de una justicia que carece de independencia y respecto de la cual, consiguientemente, no se puede predicar imparcialidad.

Son dos los aspectos que involucran esta garantía. Por una parte, el de independencia, que se refiere a la posición del juez frente a las partes; pero también desde un punto de vista externo, de otras autoridades que pudieran influir en su juicio. Se dice que la independencia es objetiva,

45 Sentencia Corte Suprema de 29 de diciembre de 2022, rol ingreso 80.876-2022.



puesto que no importa si en el plano interno el o la juzgadora es capaz de separar la relación familiar, económica, de autoridad que lo o la pueda vincular a la parte. Si se cumple la condición del vínculo, se asume que no es independiente.

El segundo, por su carácter subjetivo, es más difícil de determinar puesto que la falta de imparcialidad involucra la conciencia y la voluntad del o de la juzgadora. Se trata de la relación que tiene el juez o jueza con el asunto que le toca conocer y juzgar, si decidir en uno u otro sentido puede afectar sus propios intereses o de personas relacionadas a él o ella. Por esto, sigue siendo un problema a la hora de calificarla salvo que haya una manifestación expresa, a través de una declaración, de que existe un conflicto de interés y decida inhabilitarse. O que se exteriorice por conductas del juez o jueza en el juicio y que hagan necesaria la petición de inhabilidad de la parte afectada.

Este sería un caso de aquellos que la doctrina llama imparcialidad subjetiva. Según Bordalí Salamanca (2009: 272):

Se ha dicho que la imparcialidad subjetiva, cual derecho fundamental de los justiciables, comporta una garantía que permite que un juez sea apartado de un caso concreto cuando existan sospechas objetivamente justificadas. Es decir, debe tratarse de conductas exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que permitan afirmar que el juez no es ajeno a la causa o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico.

En la introducción de este trabajo hablábamos del caso *R versus Sussex Justices; Ex parte McCarthy*, donde muy probablemente, como lo declararon los mismos jueces involucrados, no discutieron con su *clerk* sobre el caso, pero bastó que este, quien había trabajado con uno de los abogados de las partes, entrara a la cámara a la hora de la deliberación para manchar todo el proceso. No solo debe hacerse justicia, sino que debe parecer que se hizo. Este es un caso de aquellos que la doctrina incluye dentro de los supuestos de imparcialidad objetiva. Ya no se expresa, como en el caso anterior, por una conducta del juez o jueza, sino que es una medida que se adopta con carácter preventivo; en cautela, por cierto, de los derechos de la parte afectada, pero más del sistema de justicia. Como agrega Bordalí Salamanca (2009: 273):



Con la imparcialidad objetiva no se trata ya que el juez haya exteriorizado convicción personal alguna ni haya tomado partido previo, sino que estamos frente a un juez que no ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto. Por eso, en esta perspectiva, importan sobremanera las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan al juez en el proceso, puede este ser visto como un tercero ajeno a los intereses que en él se ventilan.

En la sentencia de la Corte Suprema de 29 de diciembre de 2022 se hace un interesante y detallado análisis de la imparcialidad que cabe a los y las juzgadoras.

Décimo: Que, en el ámbito del Derecho Internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado criterios sobre la garantía de imparcialidad del juez como presupuesto del debido proceso. Así, ha señalado: «Este Tribunal ha establecido que la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia» (caso *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros con Perú*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre 2017. Serie C número 344.). En el mismo orden de ideas, dicho Tribunal Internacional, en las sentencias pronunciadas en los casos *Herrera Ulloa con Costa Rica*, de 2 de julio de 2004, Serie C número 107, párrafo 170 y *Palamara Iribarne con Chile*, de 22 de noviembre de 2005, serie C número 135, párrafo 146, ha expresado, en síntesis, que se requiere la separación del juez de la causa sometida a su conocimiento, no solo cuando en el plano subjetivo tiene algún prejuicio personal, sino también —en el plano objetivo— cuando existan incluso apariencias que puedan suscitar dudas sobre su imparcialidad, pues «lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática, y sobre todo, en las partes del caso». En el mismo sentido, en el caso *Argüelles y otros con Argentina*, de 20 de noviembre de 2014, serie C número 288, párrafo 168 y, más recientemente, en el caso *Granier y otros /Radio Caracas Televisión con Venezuela*, de

22 de junio de 2015, Serie C número 293, párrafo 304. A partir de tales pronunciamientos de la Corte Interamericana, y tal como lo comenta Jauchen, se consagra el principio de que los motivos de parcialidad y, por consiguiente, de apartamiento del juez, no se limitan a las taxativas causales de recusación enumeradas en los códigos procesales, sino que también existe una variada gama de situaciones imposibles de enumerar pero que, genéricamente, aun cuando no estén expresamente previstas, configuran objetivamente motivos de apartamiento, por colocar al juez o tribunal en duda sobre su imparcialidad (p. 215).

Lo anterior permite afirmar, como ya lo hiciera esta Corte en los roles 4181-09 y 12.564-18, que todo acusado, en resguardo de su derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, se encuentra en condiciones de reclamar la falta de dicha garantía, cuando existen circunstancias externas, objetivas, que sugieren sospechas legítimas sobre la existencia de prejuicios del juzgador en la solución del caso que debe resolver, sin que pese sobre el imputado la carga de demostrar que el juez, efectivamente, albergaba en su fuero interno la aspiración de una sentencia perjudicial a sus intereses. De este modo, en consonancia con las exigencias que postula la imparcialidad objetiva, todo juez respecto de quien puedan existir motivos plausibles para desconfiar de su imparcialidad, debe inhibirse de conocer el caso.

Undécimo: Que, en el mismo sentido, Germán Echeverría explica «primero habrá que revisar si existen antecedentes para estimar razonablemente que existe o existió en el proceso una afectación de la garantía de imparcialidad del tribunal en su dimensión subjetiva, y, por tanto, es necesario evaluar si hay evidencia suficiente para estimar que la convicción del juez se formó al margen del juicio, por ejemplo, sobre la base de su propia información privada o en virtud de sus particulares intereses comprometidos en el término del pleito, todo lo cual puebla un terreno espiritual prácticamente inescrutable en el juzgador pero que, sin embargo, puede inferirse de cierta evidencia fáctica o expresarse en actuaciones externas que la develan. Sobre esta materia [...] corresponderá a la parte que se lamenta de la parcialidad del magistrado demostrarla, probando en concreto que la disposición anímica o psicológica del juez y su conducta exteriorizada son síntomas de falta de imparcialidad. Pero hay también una dimensión objetiva de esta garantía que, a diferencia de aquella subjetiva, no exige efectiva neutralidad al juzgador, sino solo un comportamiento y posición de indiscutida indiferencia frente a las partes y sus intereses. Con la imparcialidad objetiva no se trata ya que el juez haya exteriorizado convicción personal alguna ni haya tomado



partido previo, sino que estamos frente a un juez que no ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto. En este plano, se busca cautelar la confianza de la sociedad en la correcta administración de justicia». Germán Echeverría Ramírez, Imparcial del Tribunal Oral en lo Penal: Tras la conquista de la garantía, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, 2010, 23 (1), pp. 269-310.⁴⁶

Hemos adelantado que la independencia del tribunal no se limita únicamente a la vinculación del juez o jueza con las partes o sus defensores. Existe una independencia orgánica, que se da tanto en el ámbito interno (entre tribunales de distintas jerarquías) y en el externo (del Poder Judicial respecto a la injerencia de otros poderes).

Partamos, como de costumbre, por lo más básico: la independencia externa, que es de carácter orgánico. La Constitución (artículo 76) determina que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y hacer cumplir lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por ley. Para aclarar la separación total, el mismo articulado se refiere expresamente a los otros dos poderes del Estado: «Ni el presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse a causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de las resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos». Ahora bien, la prescindencia es en ambos sentidos, pues el artículo 4 del Código Orgánico de Tribunales prohíbe al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y el artículo 12 del mismo código proclama que el Poder Judicial es independiente de otra autoridad en el ejercicio de sus funciones.

También la independencia se da funcionalmente en el plano interno. Un superior jerárquico no podría en caso alguno inducir a un juez inferior a fallar un asunto de una determinada manera. Dice Romero Seguel (2001: 511) que:

La independencia interna o funcional es la prerrogativa que tienen entre sí los jueces integrantes del Poder Judicial, cualquiera sea su jerarquía, para actuar libre y soberanamente dentro de su competencia.

Esta manifestación de la independencia busca erradicar una serie de conductas reñidas con la ética, tales como: el tráfico de influencias o las presiones de cualquier índole, que puedan surgir entre los miembros

46 Sentencia Corte Suprema, 29 de diciembre de 2022, rol ingreso 80.876-2022.



del Poder Judicial. Se desacredita la independencia interna cuando un miembro del Poder Judicial ejerce algún tipo de coacción o presión contra otro juez, con el objeto de determinar el contenido de alguna actuación o resolución judicial.

Estas formas de independencia judicial han sido objeto de decisiones por la Corte Interamericana, principalmente en casos en que se destituía o removía magistrados. En el caso *Tribunal Constitucional con Perú* le tocó constatar cómo la destitución de tres miembros del Tribunal Constitucional peruano, tras disentir en el voto de mayoría, permitió la reelección del presidente Alberto Fujimori. Indican Salmón y Blanco (2021: 132) que la corte «enfaticó que uno de los objetivos principales que tiene la separación de poderes públicos es la garantía de independencia de los jueces, para lo cual deben establecerse procedimientos estrictos de nombramiento y destitución».

Para garantizar la independencia e imparcialidad el legislador establece mecanismos como los procedimientos de recusación e implicancia (que se tratan más adelante). Luego se consideran también como mecanismos de aseguramiento de la independencia judicial:

- Un adecuado sistema de nombramientos y de calificación de los jueces en ejercicio. De acuerdo con la CIDH, un proceso de nombramiento adecuado supone que se asegure una igualdad de oportunidades en el acceso al Poder Judicial, y que la elección de los jueces sea en base de los méritos personales y capacidad profesional, con procedimientos estrictos y basados en criterios objetivos (Salmón y Blanco, 2021: 137).
- Que no haya presiones externas, lo que deriva en que los juzgadores y juzgadoras resuelvan únicamente en base a los méritos (los hechos), aplicando las normas jurídicas que correspondan.
- La inamovilidad en el cargo. Supone garantizarla hasta el cumplimiento de la edad legal de jubilación, pero no es absoluta, pues es admisible la destitución ante actos graves, previo proceso en que se respeten las garantías del juez afectado. También la inamovilidad comprende procesos de ascenso basados en factores objetivos, fundados en la capacidad profesional, integridad y experiencia. Relacionada directamente a la inamovilidad están los procesos disciplinarios a los que puedan someterse a los jueces y juezas.



Dice la CIDH que la separación o la suspensión de los jueces podrá realizarse por incapacidad o comportamiento inhabilitante, pero con un procedimiento que cumpla con las garantías de un debido proceso (Salmón y Blanco, 2021: 137).

En el caso *Urrutia Laubreaux con Chile* (2020), la corte indicó que el procedimiento disciplinario al que fue sometido el juez Urrutia no cumplió con garantías mínimas ya que la Corte Suprema, que conoció del caso, no cumplía con la independencia necesaria para pronunciarse pues había manifestado con anterioridad su parecer en el caso.

En virtud de lo expuesto previamente, no es posible afirmar que la Corte Suprema de Justicia se aproximó a los hechos sin haber emitido una opinión previa sobre lo ocurrido. Por el contrario, para el momento que conoció de la apelación y le correspondía pronunciarse sobre la responsabilidad disciplinaria del señor Urrutia Laubreaux, ya había considerado que dicho trabajo contenía «apreciaciones inadecuadas e inaceptables» y había remitido el mismo a la Corte de Apelaciones de la Serena «para los fines pertinentes». Si bien la Corte Suprema no le solicitó expresamente a la Corte de Apelaciones la apertura de un proceso disciplinario contra el autor del trabajo académico, lo remitió al órgano competente para ejercer la potestad disciplinaria respecto del Juez Urrutia Laubreaux. 125. Lo que tuvo como consecuencia el inicio del proceso disciplinario en su contra. Tampoco constan en el expediente otras posibles razones por las cuales la Corte Suprema podría haberle remitido el trabajo académico a la Corte de Apelaciones. Este tribunal considera que dichas actuaciones fueron suficientemente significativas para comprometer la imparcialidad de la Corte Suprema de Justicia en la resolución de la apelación interpuesta por la presunta víctima. 124. En virtud de las consideraciones anteriores, este tribunal considera que los ministros de la Corte Suprema que conocieron de la apelación no reunían elementos objetivos de imparcialidad para resolver sobre la misma. Por tanto, el Estado violó la garantía de imparcialidad reconocida en el artículo 8.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Urrutia Laubreaux.

De lo dicho se puede concluir que el derecho a un juez o jueza independiente e imparcial es una garantía amplia, que se establece en favor de los justiciables, pero también del Poder Judicial y sus miembros.



Capítulo 4

Resolución judicial ante la colisión de derechos y garantías

En un sistema que contempla derechos expresados como *principios*, casi inevitablemente se producirán conflictos entre normas de una misma naturaleza o jerarquía, contexto en el que, como explica la sentencia de la Corte Suprema rol 18721-2019 de 25 de septiembre de 2019:

Toda libertad necesariamente debe ceder ante intereses u otros derechos constitucionalmente relevantes, puesto que, al convivir con otros seres humanos, el ejercicio ilimitado de una libertad puede afectar el de las libertades o derechos de los demás, en cuyo caso corresponde su limitación, lo cual no es sino la manifestación más pura del Estado de Derecho.

El derecho a la correcta determinación de qué garantía debe ceder en favor de aquella con la que colisiona, y en qué medida —en aplicación del principio de proporcionalidad que luego estudiaremos— de manera de no afectar el núcleo esencial de la desfavorecida, puede incluirse dentro del derecho al debido proceso sustantivo ya examinado en el primer capítulo de este trabajo.

Según Prieto (2003: 175) nos hallaremos frente a una antinomia o conflicto constitucional (contradicción normativa) cuando frente a una misma condición fáctica se imputan consecuencias incompatibles, esto es, se presentan diferentes orientaciones que no son posibles de ser observadas simultáneamente.

Para Cazor (2009: 254) si nos situamos en el plano de la doctrina comparada, es posible trazar una clara línea divisoria entre aquellos que niegan el conflicto —en el sentido de que no existen verdaderas colisiones o contradicciones normativas en este ámbito, siendo en el fondo sólo aparente— y aquellos otros que asumen sin problemas su existencia (aunque no necesariamente en todos los casos), y que centran su atención en cómo tratarlas adecuadamente (cómo analizarlas y resolverlas de manera satisfactoria).



En el primer grupo podríamos incluir a autores como Habermas, Ferrajoli, De Otto o Jiménez Campo, entre otros; mientras que en el segundo hallaríamos a Alexy, Guastini, Prieto o Moreso, por ejemplo. Los autores que niegan el conflicto parecen reconducir todo el problema a una cuestión de interpretación de los preceptos constitucionales. El punto relevante es la determinación de los límites precisos de cada derecho o bien en juego; de manera que, por ejemplo, podría decirse que en realidad ningún ejercicio legítimo de la libertad de expresión lesiona el honor, puesto que, si lo lesiona, no se trata de un ejercicio legítimo (estrictamente hablando, no se ejercita ese derecho). Es decir, se parte de la no colisión y a partir de allí empieza la tarea de delimitar concretamente cada derecho. Quienes sí reconocen el conflicto, y a pesar de sus diferencias, parecen coincidir en que no es posible sin más una asimilación automática o directa de estos conflictos a las antinomias o contradicciones normativas «clásicas», como la que se plantearía, por ejemplo, entre la norma N1: «Se prohíbe fumar en las dependencias de la facultad» y la norma N2: «Se permite fumar en la sala de profesores» (Cazor, 2009: 255).¹

Más allá de dirimir si estamos frente a una cuestión de interpretación o una auténtica contradicción normativa, lo central aquí es resaltar que para mantener la racionalidad y justicia de un procedimiento y, por ende, su sujeción al derecho al debido proceso, se requerirá continuamente resolver una colisión o determinar o interpretar el correcto alcance de distintos derechos, garantías, principios e intereses opuestos de las partes e intervinientes y, en algunos casos, entre los derechos y garantías de estos y los intereses de la sociedad, a lo que denominaremos en términos amplios como una colisión de derechos y garantías.

Sobre la forma de resolver algunos de esos conflictos se ha pronunciado el legislador y la jurisprudencia. Así, la oposición entre el interés

¹ En nuestro país, Aldunate (2008: 278 y 279) niega que la pugna de derechos sea conceptualmente posible puesto que, en su opinión, lo que colisiona nunca son derechos fundamentales sino, solamente, el ejercicio de la libertad de uno en desmedro de una libertad o derecho garantizado a otro, y como ese límite lo fija el derecho, la solución a la colisión de derechos tiene que ser buscada en el ordenamiento jurídico infraconstitucional, por cuanto el enfrentamiento entre derechos fundamentales significa, desde el punto de vista normativo constitucional, solo una cosa: la existencia de dos ámbitos de libertad jurídica igualmente protegidos, que debe ser resuelto a partir de los límites que entre uno u otro sea capaz de trazar el juez a partir del ordenamiento jurídico vigente, sin sustituirlo por una operación de ponderación entre derechos o, al menos, no como ponderación a nivel de derechos fundamentales.

público en la persecución y sanción criminal del autor de un delito, recogido por los principios de oficialidad y legalidad, y la protección de los derechos fundamentales de este y de terceros ha sido zanjada legislativamente en favor de la segunda, mediante la exclusión de la prueba ilícita en la audiencia de preparación del juicio oral, y jurisprudencialmente mediante su «valoración negativa» en el juicio oral.

En el ámbito civil un conflicto similar —la admisión y valoración de prueba ilícita—, *ceteris paribus*, no ha sido solucionado por el legislador y, como veremos en el capítulo siguiente, la jurisprudencia ni siquiera se ha pronunciado sobre este pues probablemente considere que en realidad no hay un conflicto que dirimir. Pero amén de dicha concreta colisión, pueden presentarse infinidad de otras de igual o mayor envergadura, como la contraposición del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, de una parte, y el derecho de la otra a conseguir una ampliación de plazo para rendir una prueba, o a que se resuelva un incidente de previo y especial pronunciamiento, con la consiguiente dilación del juicio.

La dogmática ha estudiado profusamente estas colisiones o conflictos y ha propuesto mecanismos para dilucidarlos, sin que sea posible hacer aquí una revisión exhaustiva de esta materia, por lo que se presentarán únicamente los lineamientos de mayor utilidad para el trabajo judicial.

Operaciones comprendidas en la aplicación de principios constitucionales²

Como explica Guastini (2018: 11), la aplicación judicial de principios constitucionales comprende (al menos) cuatro tipos de operaciones intelectuales:

1. La identificación de los principios en cuanto tales, vale decir, la adscripción del estatus («valor») de principio a determinada disposición constitucional;

2 Desde luego deben considerarse dentro de estos principios todos aquellos que, conforme al inciso segundo del artículo 5 de la Constitución, cabe catalogar como tales. Aunque principalmente nos referiremos a principios constitucionales, algunos conflictos se presentan entre principios establecidos en la ley, caso en el cual la mayor parte de lo que se revisa a continuación es predicable, salvo que una regla o principio constitucional resuelva directamente que uno de los principios legales en conflicto debe imponerse sobre el otro, caso en el cual la antinomia se soluciona por jerarquía de la norma constitucional.

2. la interpretación de —es decir, la adscripción de significado a — una disposición constitucional (previa o contemporáneamente identificada) expresiva de un principio;
3. el balance o ponderación de dicho principio con otros principios en conflicto, de modo tal que se seleccione el principio aplicable; y
4. la especificación o concretización de dicho principio de modo que se construya una regla idónea para resolver el caso en cuestión.

Estas distintas operaciones no pueden ser claramente diferenciadas, y probablemente en la mente del intérprete judicial son totalmente confundidas.

A continuación, nos centraremos en el examen de las operaciones de identificación y ponderación de los principios.

La identificación de los principios

Robert Alexy asume que toda norma es o bien una regla o un principio, correspondiendo este último a normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible; son mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y cuya debida medida de cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las posibilidades jurídicas, las que se determinan por los principios y reglas opuestos. Las reglas, en cambio, son normas que solo pueden ser cumplidas o no, de manera que, si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado (Alexy, 2014: 67 y 68).

Veamos algunas características de los principios que nos permiten distinguirlos de las reglas:³

- i. Los principios son normas *fundamentales* en el sentido de que son idóneas para justificar una pluralidad de reglas y no tienen ni requieren a su vez ninguna justificación. La atribución de este carácter a una norma depende de una valoración, en especial de un juicio de valor sobre la importancia (relativa) de aquella dentro del ordenamiento jurídico en su conjunto y/o dentro de alguna

3 Se sigue también en esta parte a Guastini (2018: 12 y ss.).



de sus partes (el derecho penal, el derecho civil, el derecho de los contratos, etcétera).

- ii. A menudo los principios son formulados como normas categóricas, es decir, no condicionales,⁴ mientras que las reglas pueden (siempre, se supone), ser reconstruidas como enunciados condicionales que vinculan una consecuencia jurídica a determinada clase de supuestos de hechos. Los principios no. O, en caso de que tengan un antecedente, se trata de uno abierto. En este sentido, las condiciones de aplicación de los principios son ampliamente, por no decir totalmente, indeterminadas.
- iii. Los principios son razones *prima facie*, vale decir, sujetos a una serie de excepciones implícitas que se manifiestan solo con ocasión de su aplicación a un caso concreto. En otros términos, los principios representan razones que pueden ser superadas por otras razones. Es decir, están sometidos a ser ponderados con —y eventualmente exceptuados por— otros principios en conflicto, mientras que esto, al menos *prima facie*, no vale para las reglas.

Sin embargo, el mismo Alexy ha reconocido que hay un sentido amplio de los derechos fundamentales en el que son formulados como principios y otro estricto, donde son observados como reglas.⁵ Esto resulta trascendental pues permite reconocer en los derechos fundamentales un contenido esencial que no es alcanzado en esta optimización de los principios contrarios a aquéllos, delineando límites inquebrantables o inderrotables de los derechos fundamentales, que no pueden ser superados en la operación de ponderación y que deben ser considerados en el test de proporcionalidad.⁶

4 Por ejemplo, artículo 19 número 2 de la Constitución: «En Chile no hay persona ni grupo privilegiado».

5 Alexy (2003b: 131 y 132). Al respecto, Covarrubias (2018: 483), quien sostiene que ya no se podría afirmar tan categóricamente que las normas que contienen derechos fundamentales son siempre principios.

6 Como explica Covarrubias (2018: 517), para el Tribunal Constitucional Federal Alemán hay derechos fundamentales o aspectos medulares de su contenido que no son observados como mandatos derrotables, ya sea porque encarnan un bien intrínsecamente valioso, como la dignidad humana, ya sea porque estima que determinados aspectos de su esfera protegida, como es el contenido esencial, no son sacrificables frente a la contraposición de otro derecho o de cara a los fines regulativos estatales.



En ese orden, Nash (2016: 83) explica que un sistema de ponderación como el que propone Alexy posee un límite material consistente en que la norma restringida no puede ser anulada o, si se quiere, no puede ser afectada en su contenido esencial, en los términos del artículo 19 número 26 de la Constitución.⁷

iv) A diferencia de las reglas, los principios no son adecuados para resolver controversias mediante razonamientos en *modus ponens*.⁸ A causa de su forma lógica, de su defectibilidad y del hecho de que están sometidos a ponderación, los principios no pueden ser aplicados directamente a casos individuales concretos sin una especificación o concretización previa.

Ahora bien, cuando algunos principios entran en colisión, porque aplicados independientemente conducen a resultados incompatibles, se requiere como solución que uno de los principios ceda ante el otro. De ese modo, cuánto se desarrolle cada derecho fundamental dependerá de cuánto se esté en condiciones de restringir el otro derecho en conflicto, de conformidad con la denominada ley de la ponderación.

La ponderación de los principios

Lo relevante en esta clase de colisión es que se enfrentan principios, esto es, mandatos de optimización que se deben cumplir en la mayor medida posible en circunstancias que no siempre resultan plenamente compa-

7 Rainer, Martínez y Zúñiga (2012: 83 y 84) apuntan que, en materia de conflictos o choques de derechos, existen al menos otros dos criterios: el de jerarquización y el de determinación del contenido esencial, y este último afirma que los derechos no colisionan, sino que tienen un contenido esencial que permite diferenciarlos de otros derechos, de otras instituciones jurídicas o de hechos. Ello implica que los derechos no son ilimitados, pues tal cosa no sería natural ni posible, ni fue esa la intención de los iniciadores del constitucionalismo, ni sería compatible con el sentido común. Por el contrario, los derechos están dotados de un contenido, y por ende de límites, y la labor de los operadores jurídicos es de delimitación, es decir, de descubrimiento y constatación de los límites. A este respecto, citando a Häberle, señalan que efectivamente los derechos fundamentales tienen contenido y límites, que deben deducirse en los casos concretos y la ponderación es una herramienta para determinarlos. El juez deberá acometer su labor delimitadora cada vez que se le someta un conflicto jurídico en que las pretensiones de las partes involucren derechos. En este último sentido la determinación del contenido esencial es también una cuestión de caso concreto.

8 Un ejemplo de *modus ponens* es: si está lloviendo, te espero dentro del teatro. Está lloviendo. Por lo tanto, te espero dentro del teatro.



tibles entre sí. Asimismo, los principios establecidos con rango constitucional no pueden ser declarados inválidos, ni jerarquizados como ocurren con las reglas, por lo que la resolución de los conflictos debe contemplar alguna solución que no implique la anulación o invalidez práctica de estas normas.

Tal como señala Prieto (2003: 187):

Los principios se caracterizarían porque nunca son mutuamente excluyentes en el plano abstracto y, si llegasen a serlo, se convertirían en reglas; sus eventuales contradicciones no desembocan en la declaración de invalidez de uno de ellos, ni tampoco en la formulación de una cláusula de excepción a favor de otro, sino en el establecimiento caso por caso de una relación de preferencia condicionada, de manera que en ocasiones triunfará un principio y otras veces su contrario.

Los conflictos entre principios comúnmente son resueltos mediante un enunciado de preferencia, cuya forma lógica es: El principio P1 tiene más peso (es decir, más valor) que el principio P2 en el contexto X. Según Alexy este contexto, al que hace referencia el enunciado, es un caso (2014: 73 y ss.).

De esa manera, la optimización entre principios (derechos y/o bienes constitucionales) es inevitable y se efectúa sopesando los intereses contrapuestos según la ley de ponderación, conforme a la cual cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro (Alexy, 2014: 138).

Sobre la ponderación, Guastini (2018: 17-19) realiza las siguientes cuatro observaciones:

- i. El enunciado de preferencia es un juicio de valor comparativo, cuya justificación debe ser buscada en la justicia de las soluciones resultantes de la aplicación de los principios opuestos. Así, el principio P1 conduciría a la decisión D1, mientras que el principio P2 conduciría a la decisión D2, y D1 es más justa o correcta que D2 (o viceversa). De este modo, los jueces crean una relación jerárquica entre los principios implicados en conflicto. Dicha jerarquía tiene naturaleza axiológica y no guarda relación con la jerarquía de las fuentes si los principios en colisión son de igual rango constitucional.



- ii. Por esta razón, ponderar dos principios no es encontrar entre estos un equilibrio o una vía media, desde que su resultado es que un principio es aplicado, mientras que el otro es dejado de lado. Empero, el principio descartado no es anulado ni abrogado, simplemente es no aplicado en aquel contexto determinado.
- iii. La preferencia establecida por un enunciado se refiere a determinado caso (una controversia concreta), lo que significa que la prevalencia del principio P1 sobre el principio P2 (o viceversa) solo vale en aquel caso —aquella particular norma legislativa o aquella controversia particular, según la jurisdicción— mientras que, en contextos diferentes, el principio ahora desaplicado bien podría prevalecer sobre el otro.

De esa manera, la jerarquía axiológica establecida por el tribunal no es absoluta ni inmutable, sino que es flexible y mudable, ya que depende del caso en discusión. Como bien dice Alexy, el enunciado de preferencia establece una «relación de precedencia condicional»: si se dan las condiciones C1, P1 prevalece sobre P2; si se dan las condiciones C2, P2 prevalece sobre P1 (2014: 91 y ss.).

Entonces, ponderar dos principios se resuelve en concretizar o especificar uno de ellos (o ambos). En determinado caso, un principio es concretizado derivando de él la regla R1 (cuyo antecedente o supuesto de hecho, es C1); en un caso diferente, el mismo principio es concretizado derivando de él la regla R2 (cuyo antecedente es C2).

iv) Es precisamente este carácter condicional y, por ende, inestable, de la jerarquía axiológica que produce la apariencia (o la ilusión) de una «vía media» entre los principios en conflicto.

De esa manera, por ejemplo, en algunos casos la libertad de prensa prevalece sobre los derechos de la personalidad (intimidad de la vida privada, identidad personal, etcétera), mientras que en otros casos ocurre lo contrario. Por lo que, a largo plazo ambos principios son «parcialmente» aplicados y ambos «parcialmente» desaplicados. Pero, «parcialmente» no en el sentido de que en cada caso un principio es aplicado en una parte y sacrificado en otra, sino en el simple sentido de que a veces un principio es aplicado y otras no.



Principio de proporcionalidad

En el margen que puede ser restringido o afectado un principio —aquel extraño a su contenido esencial en tanto garantía fundamental— ante la colisión con otra norma de igual naturaleza, debe existir una proporcionalidad entre la medida restrictiva y el derecho que es objeto de dicha restricción. Esto es lo que se ha desarrollado como el principio de la ponderación, por el que, a mayor intensidad de la afectación, mayor tendrá que ser la justificación de la importancia del principio beneficiado (Alexy, 2002b: 31 y 32).

Esto implica que, en cada caso, será necesario acreditar que la medida restrictiva de un derecho fundamental es aquella necesaria, conducente y proporcional para alcanzar el objetivo legítimo perseguido. Si esta restricción impide completamente el ejercicio del derecho opuesto o lo hace irrealizable, será una medida desproporcionada (Nash, 2016: 83).

El denominado principio de proporcionalidad o examen de proporcionalidad es un mecanismo que provee al juzgador de soluciones para resolver adecuadamente los conflictos entre los derechos fundamentales, a través de un razonamiento que contrasta intereses jurídicos opuestos para poder determinar si una medida restrictiva está justificada o es adecuada —no excesiva— respecto al fin que se persigue (Díaz, 2011: 170 y 171).

Este principio surge y es desarrollado por la jurisprudencia constitucional alemana, esencialmente como la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte de los poderes públicos. A partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal la proporcionalidad se transformó en un principio constitucional de protección de los derechos fundamentales. En virtud de él se prohíbe que las acciones de los poderes públicos sean excesivas y se establece la obligación de que estén contenidas dentro de sus propios límites. Por ende, se trata esencialmente de un principio destinado a proteger los derechos y libertades que, si bien no está escrito, ese tribunal entiende que está implícito en los fundamentos del sistema constitucional germano (Rainer, Martínez y Zúñiga, 2012: 67 y 68).⁹

9 Covarrubias (2018: 517) aclara que el Tribunal Constitucional Federal Alemán no asume los supuestos originarios de la propuesta de Alexy, ni emplea el test de proporcionalidad conforme al enfoque promovido por él, al no reconocer la distinción entre principios y reglas del modo formulado por dicho autor. Si bien admite que los derechos fundamentales son portadores de valores y principios, que pueden



Luego el principio de proporcionalidad se expande hacia la Unión Europea, el sistema europeo y el sistema americano de derechos humanos. El Pacto de San José de Costa Rica no contempla una norma que recoja expresamente este principio de proporcionalidad, no obstante, las sentencias de la CIDH sí lo han acogido, considerándolo implícito en la expresión «necesaria en una sociedad democrática», parámetro utilizado en la Convención para modular la restricción de algunos derechos y libertades (Rainer, Martínez y Zúñiga, 2012: 73-77).

Claro ejemplo en ese sentido lo es la Opinión Consultiva 5/85, en la que se sostiene:

En el sistema interamericano la restricción i) debe responder a la «existencia de una necesidad social imperiosa», es decir, debe estar orientada «a satisfacer un interés público imperativo»; ii) entre varias opciones para alcanzar este objetivo «debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido», y iii) la restricción debe ser «proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo». Esta interpretación constante de la expresión podría resumirse diciendo que la restricción debe ser i) conducente para conseguir proteger el valor que se puede proteger mediante la restricción de ese derecho particular; ii) debe ser proporcional, es decir, en la medida estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido; y iii) no debe haber otra alternativa para conseguir el fin que restringir ese derecho, lo que implica que, si la hay, debe emplearse esa alternativa y no la restricción.¹⁰

Por otra parte, en la Opinión Consultiva 8/87, se volvió a utilizar la idea de proporcionalidad respecto a la posibilidad de suspender garantías que contempla el artículo 27.1 de la Convención, al afirmar que la licitud de las medidas que se adopten depende, entre otras cosas, «del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella».¹¹

colisionar entre sí y cuyo abordaje debe hacerse mediante la ponderación, este criterio no es el único concurrente para la adjudicación, además de no concebir los derechos como principios del todo susceptibles de optimización.

10 De 13 de noviembre de 1985, sobre la colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por el Gobierno de Costa Rica.

11 De 30 de enero de 1987, sobre el *habeas corpus* bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.



La Corte, haciendo suyo el razonamiento del Comité de Derechos Humanos en esta materia ha señalado que:

En cuanto al requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática, el Comité de Derechos Humanos manifestó en su Observación general número 27 que: 14. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse. 15. El principio de proporcionalidad debe respetarse no solo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas.¹²

Cabe relevar que la CIDH ha aplicado el principio de proporcionalidad no solo a aquellos casos vinculados a los derechos cuya restricción la Convención condiciona a que sea «necesaria en una sociedad democrática», sino que también a otros (Rainer, Martínez y Zuñiga, 2012: 78) como ha ocurrido por ejemplo con relación al derecho a la libertad personal (artículo 7),¹³ las garantías judiciales (artículo 8),¹⁴ la protección de la honra y de la dignidad,¹⁵ la libertad de expresión (artículo 13),¹⁶ el derecho de circulación y de residencia (artículo 22),¹⁷ derechos políticos (artículo 23)¹⁸ y la protección judicial (artículo 25).¹⁹

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Ricardo Canese con Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C número 111, párrafo 132.

13 Caso *Usón Ramírez con Venezuela*, sentencia de 20 de noviembre de 2009.

14 Caso *Kimel con Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008; caso *Usón Ramírez con Venezuela*, sentencia de 20 de noviembre de 2009; caso *López Mendoza con Venezuela*, sentencia de 1 de septiembre de 2011.

15 Caso *Kimel con Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008.

16 Caso *Kimel con Argentina*, sentencia de 2 de mayo de 2008; caso *Usón Ramírez con Venezuela*, sentencia de 20 de noviembre de 2009.

17 Caso *Ricardo Canese con Paraguay*, sentencia de 31 de agosto de 2004.

18 Caso *Castañeda Gutman con Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 6 de agosto de 2008; caso *López Mendoza con Venezuela*, sentencia de 1 de septiembre de 2011.

19 Caso *Castañeda Gutman con Estados Unidos Mexicanos*, sentencia de 6 de agosto de 2008; caso *López Mendoza con Venezuela*, sentencia de 1 de septiembre de 2011; caso *Usón Ramírez con Venezuela*, sentencia de 20 de noviembre de 2009.

La Constitución chilena tampoco contiene una norma que consagre expresamente el principio de proporcionalidad, aunque puede entenderse según Nogueira (2008: 246) «implícito en las reglas del Estado de derecho, siendo un principio inherente a este», sin perjuicio de considerarse comprendido en otras normas y garantías expresamente reconocidas en su texto.²⁰

Nuestro Tribunal Constitucional se ha valido del principio de proporcionalidad, por ejemplo, en la causa rol 2983-16, de 13 de diciembre de 2016, indicando:

Decimoprimeramente: Que, en general, la doctrina especializada ha entendido por proporcionalidad en sentido amplio, también conocida como prohibición de exceso, «el principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser susceptible de alcanzar la finalidad perseguida, necesaria o imprescindible, al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre los posibles; ley del mínimo intervencionismo) y proporcional en sentido estricto, es decir ponderada o equilibrada por derivarse de aquella más beneficiosa o ventajosa para el interés general que perjudicial sobre otros valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades» (Javier Barnes, *Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario*, en *Revista de Administración Pública*, 1994, pp. 135: 500). Así, la doctrina ha destacado como notas del principio de proporcionalidad la prescindencia del acto sancionador para lograr el fin propuesto, la adecuación de la medida aplicada para obtenerlo, la necesidad de establecer criterios cuyo tratamiento permita conocer el grado de perjudicialidad de cada medida, la posible adopción o la concordancia en relación a la entidad de dicha medida y la importancia del objetivo que la justifica (Carlos Lesmes Serrano y otros, *Derecho Penal Administrativo*, Granada, 1997, p. 12; *cit.* Enrique Navarro Beltrán, *La Constitución Económica Chilena ante los Tribunales de Justicia*, Ediciones Universidad Finis Terrae, 2016, p. 276).

Decimosegundo: Que al efecto este Tribunal ha señalado que «la Constitución no recoge explícitamente el principio de proporcionalidad, pero los intérpretes constitucionales no pueden sino reconocer manifestaciones puntuales de este principio que devienen en una consagración general dentro del ordenamiento jurídico. La doctrina ha apreciado que

20 Véase Rainer, Martínez y Zúñiga (2012: 87).

este principio se encuentra claramente integrado dentro de los principios inherentes del “Estado de derecho”, está en la base de los artículos 6 y 7 de la Constitución que lo consagran, en la prohibición de conductas arbitrarias (artículo 19 numeral 2) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (artículo 19 numeral 26). Asimismo, en el debido proceso y en el reconocimiento de la igual repartición de tributos (sentencia Tribunal Constitucional, rol número 2365/2012)».

En el fallo del Tribunal Constitucional, rol 3078-16, de 27 de marzo de 2017, se ha explicado, además:

Que el principio de proporcionalidad, también conocido como «máxima de razonabilidad» o «principio de prohibición de exceso», es uno de los estándares normativos empleados por la jurisdicción constitucional para determinar la validez de una interferencia en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, en virtud del cual se examina la idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta de la medida que interfiere con el derecho.

Tradicionalmente, se ha entendido que el principio de proporcionalidad contiene tres subprincipios o subjuicios diferentes: el de idoneidad (o adecuación), el de necesidad (indispensabilidad o intervención mínima) y el de proporcionalidad en sentido estricto (o mandato de ponderación).

Y agrega la doctrina que el principio de proporcionalidad exige que una medida limitativa de derecho se ajuste a un fin previamente determinado. La medida debe ser idónea para la consecución del fin pretendido (juicio de idoneidad). El segundo aspecto del principio de proporcionalidad exige la adopción de la medida menos gravosa para los derechos que se encuentran en juego. En otros términos, que la medida restrictiva sea indispensable para lograr el fin deseado y sea la menos gravosa para el derecho o libertad comprometidos, frente a otras alternativas existentes (juicio de necesidad). Por último, a la proporcionalidad en sentido estricto se la percibe como un mandato de ponderación. Es el caso cuando existen principios en pugna, en el evento de que la ley de colisión exija que se ponderen los intereses en juego. En conclusión, debe asumirse que determinadas valoraciones deben hacerse para establecer una relación de prevalencia entre los principios en juego.²¹

²¹ Antes, en el mismo sentido, Sentencia Tribunal Constitucional rol 2744, de 8 de octubre de 2015.

La Corte Suprema ha acudido al principio de proporcionalidad en las diversas materias que son de su competencia, como en el área penal según se verá más adelante, y también en materia de sanciones administrativas, como se reconoce en la sentencia de la Corte Suprema rol 12759-2022, de 27 de septiembre de 2022, al declarar que «el derecho administrativo sancionador reconoce el principio de proporcionalidad de las sanciones en el marco del poder punitivo de la administración y él tiene reconocimiento en la jurisprudencia, especialmente administrativa y judicial» (véase también Corte Suprema causa rol 3976-2019 y causa rol 1326-2020). Asimismo, esta Corte ha manifestado que la proporcionalidad apunta a la congruencia entre la entidad del daño provocado por la infracción y el castigo a imponer (véase también Corte Suprema causas roles 5830-2009, 5085-2012 y 33.771-2019, entre otros).

La aplicación de este principio en esta materia es aceptada, por cuanto, como explica la sentencia de la Corte Suprema rol 7821-2022, de 23 de septiembre de 2022:

La regla general consiste en que el legislador otorgue a la autoridad potestades discrecionales para la fijación específica de la sanción y, son estas, las que deben ser revisadas por el órgano jurisdiccional bajo la luz del principio de proporcionalidad, de manera de verificar la correspondencia entre la infracción y la sanción, debiendo además, considerar las circunstancias concretas del infractor (Rosa Gómez González, *Discrecionalidad y Potestad Administrativa Sancionadora Límites y mecanismos de control*, Editorial Tirant lo Blanch, p. 247).²² En aplicación de este principio, en la sentencia Corte Suprema rol 2947-2022, de 26 de septiembre de 2022, se resolvió:

²² El fallo arriba citado agrega que «la sanción administrativa, es una manifestación del *ius puniendi* estatal, donde el principio de proporcionalidad actúa como un límite en la imposición de los castigos desde que el objeto del procedimiento de reclamo de una multa administrativa gira en torno a discernir si la actuación de la administración se ajusta a la legalidad, tanto en lo formal —las normas de tramitación del respectivo procedimiento— como en lo sustancial, en cuanto al cumplimiento de las garantías que nuestra Constitución y las leyes establecen (sentencia Corte Suprema rol número 17.336-2016)». Sobre lo mismo, véase Sentencia Corte Suprema rol 5183-2022, de 23 de septiembre de 2002; Sentencia Corte Suprema rol 7823-2022, de 23 de septiembre de 2022 y Sentencia Corte Suprema rol 12190-2022, de 12 de septiembre de 2022.

En cuanto a la infracción al principio de proporcionalidad y la ponderación de los parámetros legales de determinación de la multa, lleva razón la Superintendencia al plantear que el daño ocasionado equivale a la afectación de la calidad del servicio comercial producto de los cientos de miles de llamadas no atendidas por CGE, masividad que deja entrever, además, el cuantioso número de clientes perjudicados. Por otro lado, la negligencia de la empresa conlleva un necesario beneficio económico en su favor, equivalente al costo de las medidas que debió haber implementado para atender debidamente las llamadas de sus usuarios. Por último, la multa de 35.000 UTM —que pudo ascender hasta 60.000 UTM— resulta perfectamente abordable para la distribuidora, atendida su utilidad anual, después de impuestos, por \$64.308.655.000.

Un área en la que últimamente la Corte Suprema ha acudido continuamente al test de proporcionalidad ha sido al revisar las decisiones de órganos de la Administración que rechazan distintos tipos de solicitudes de extranjeros para regularizar su situación migratoria y que ordenan el abandono o expulsión del territorio, declarando que carecen de proporcionalidad las decisiones que no consideran, entre otras circunstancias, el arraigo familiar en Chile del inmigrante o el tiempo transcurrido desde la imposición de la sanción penal que determinó su expulsión.

Así en sentencia Corte Suprema rol 8946-2018, de 28 de mayo de 2018, se razonó y dispuso lo siguiente:

1. Que mediante el Decreto 975 de 13 de agosto de 2008 del Ministerio del Interior, Departamento de Extranjería y Migración, se dispuso la expulsión de la amparada por haber sido condenada el año 2002 por un delito de tráfico de estupefacientes a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio y multa, con el beneficio de la remisión condicional de la pena. La resolución funda normativamente su decisión en lo dispuesto en los artículos 17 en relación al 15 número 2, 84 y demás pertinentes del Decreto Ley 1.094 y 30 en relación al 26 número 2, 167, 173, 174 y 175 del Reglamento de Extranjería.
2. Que, actualmente la recurrente se encuentra en territorio extranjero y desea regresar a Chile, acreditó que vivió en el país desde su llegada en el año 1958, formando una familia de la que se encuentra alejada considerando que sus tres hijos y nietos residen en territorio nacional, sumado a sus 77 años, siendo viuda y sin descendencia en el extranjero, gozando una pensión de vejez otorgada por el Estado chileno, actualmente cobrada por una de sus hijas.



3. Que, en este estado de cosas, aparece que mantener la medida de expulsión decretada hace diez años, por un delito de tráfico de estupefacientes y considerando la situación particular de la amparada, *resulta una medida desproporcionada e innecesaria* puesto que las circunstancias en que se encuentra la recurrente en la actualidad han variado respecto de aquellas tenidas en cuenta al momento de disponerla, vinculadas a un delito ya sancionado y ocurrido el año 2000, por lo que su permanencia en Chile no reviste una gravedad y peligrosidad que amerite mantenerla alejada de su grupo familiar, considerando su estado civil, delicada salud, edad y arraigo, por lo que la medida deviene en ilegal (la cursiva es nuestra).

En la misma línea, en sentencia Corte Suprema rol 12327-2022, de 29 de abril de 2022, se expresó:

Que, atendido el largo tiempo transcurrido desde la condena que funda la resolución de expulsión, así como de las condenas siguientes, sin que se tengan antecedentes de posteriores sanciones o investigaciones en contra del amparado, además de no ser controvertido que éste tiene arraigo familiar en este país, elementos que ameritan reconsiderar el mérito de la resolución de expulsión a la luz de sus circunstancias actuales, todo lo cual vuelve desproporcionada la decisión que se impugna y, por ende, ilegal, motivo suficiente para acoger la acción intentada.²³

²³ Véase también sentencia Corte Suprema rol 11572-2022, de 22 de abril de 2022: «1) Que no puede pasarse por alto que la amparada Bastardo Hernández tiene un hijo residiendo de manera regular en Chile y, considerando que es un hecho público y notoria la crisis económica y social que se vive en su país de origen, no resulta razonable que se le exija acreditar ingresos propios para su manutención durante su permanencia en Chile en vez de tener en cuenta los de su hijo para estos efectos, sobre todo si ello conlleva en definitiva impedir su reunificación familiar. 2) Que por todo lo anterior deviene en *desproporcionado y, en definitiva, ilegal*, el actuar de la recurrida también respecto de la amparada Bastardo Hernández»; y sentencia Corte Suprema rol 139430-2022, de 11 de noviembre de 2022: « Que, atendido el largo tiempo transcurrido desde los hechos que fundaron la revocación de la visa de residencia sujeta a contrato otorgada al amparado, y el arraigo familiar que ha formado en Chile, son elementos que ameritan reconsiderar el mérito de la resolución de expulsión a la luz de sus circunstancias actuales, todo lo cual vuelve desproporcionada la decisión que se impugna y, por ende, ilegal, motivo suficiente para acoger la acción intentada» (en ambas citas la cursiva es nuestra).

Los requisitos de la proporcionalidad

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán permite identificar cuatro requisitos que emanan del principio de proporcionalidad —o subprincipios del test de proporcionalidad—. Estos resultan aplicables a toda intervención en la libertad y propiedad de las personas por parte del poder público, sea del legislador, de la administración o de los tribunales. Y si alguno está ausente, el acto que interfiere el derecho fundamental no satisface el test de proporcionalidad.

Debe perseguir una finalidad legítima o idoneidad teleológica

La medida evaluada es teleológicamente idónea si la propia medida o los fines perseguidos con la misma son legítimos. Ahora, una medida restrictiva de derechos fundamentales solo puede considerarse teleológicamente idónea, es decir, legítima, si ni ella ni su finalidad están constitucionalmente prohibidas, y si su finalidad es proteger o promover el disfrute de derechos fundamentales, de bienes constitucionales, o de intereses establecidos por el legislador previa autorización de una norma constitucional. Por el contrario, la medida será teleológicamente inidónea y, por tanto, ilegítima, si la restricción de derechos fundamentales que pretende está constitucionalmente prohibida, o si no favorece el disfrute de derechos fundamentales, de bienes constitucionales o de intereses estatuidos por el legislador autorizado por una norma constitucional (Díaz, 2011: 175-177).

Debe ser adecuada o idónea para la promoción (no necesariamente la realización) de dicho objetivo legítimo (adecuación) o idoneidad técnica

La medida puede considerarse técnicamente idónea si es efectivamente adecuada para promover los fines pretendidos con su aplicación. En consecuencia, la exigencia de idoneidad instrumental se justifica en que la restricción a derechos debe ser realmente útil para favorecer la protección o promoción de otros derechos fundamentales o de bienes constitucionales, o de fines establecidos por el legislador previa autorización constitucional. Esa utilidad debe ser evaluada por el órgano jurisdiccional a partir de la información con que cuenta, pero sin que sea necesario que la medida que se evalúa sea la que mejor permite fomentar la finalidad perseguida, sino que basta que permita fomentarla (Díaz, 2011: 178).



Se trata de un juicio que se mueve en un nivel fáctico, y no jurídico, pues busca determinar si, en los hechos, la medida evaluada permite favorecer la finalidad pretendida (Díaz, 2011: 179).

Debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que afecte menos a los derechos involucrados (mínimo de intervención)

La regla de necesidad opera en dos niveles. Primero, determina si la medida sometida a control es la única idónea para favorecer la finalidad pretendida con su aplicación y, segundo, analiza si dicha medida es la que implica una menor afectación en los derechos fundamentales. Si la medida es la única idónea o es la que menos afecta los derechos fundamentales, se habrá superado este estándar (Díaz, 2011: 84).

La gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención o proporcionalidad en sentido estricto

Continuando con Díaz (2011: 194), el objetivo de la ponderación es determinar, a partir de las circunstancias del caso concreto, si los beneficios que reporta la medida son mayores o menores que los perjuicios que genera sobre los intereses constitucionales involucrados en la colisión. En ese entendido, la medida sometida a evaluación será constitucional cuando el beneficio que aquella reporta para los derechos fundamentales o bienes constitucionales que se pretende proteger o promover sea superior al costo que la misma significa para el derecho fundamental afectado.

Ahora bien, la forma de determinar qué gana y qué pierde cada uno de los derechos fundamentales o bienes constitucionales involucrados en el caso es la argumentación jurídica. Por ende, uno de los intereses constitucionales tiene mayor peso que el otro en el caso concreto si existen buenas razones para que ese interés preceda al otro bajo las condiciones del caso concreto. En suma, la regla de ponderación evalúa la constitucionalidad de la medida sometida a control mediante una ponderación que permita determinar qué interés constitucional debe ser preferido y cuál debe ceder, a partir de las condiciones del caso particular (criterio de la precedencia condicionada) (Díaz, 2011: 195).

Por tanto, la gravedad de las intervenciones debe ser proporcionada a la urgencia o necesidad de los objetivos, pues si estos no son urgen-



tes o no son muy necesarios, los instrumentos utilizados deben ser de menor intensidad. Este último extremo parece ser el más importante para la protección de la libertad individual. Conlleva una ponderación entre el interés del individuo, manifestado en su derecho fundamental, y el interés público. Esta ponderación ha de tener en cuenta la situación particular del individuo y, desde luego, no puede suponer la anulación o negación del derecho (Rainier, Martínez y Zuñiga, 2012: 70).²⁴

Para Covarrubias este ejercicio ponderativo trae consigo tres pasos: Primero, determinar el peso del derecho fundamental afectado por el acto regulatorio y discernir el peso o grado de importancia del principio —derecho fundamental o bien constitucional— que se busca favorecer. Segundo, comparar ambos para establecer si la relevancia de uno justifica la restricción del otro. En este ejercicio de atribución de pesos que permiten comparar los principios en juego, no solo se examina la intensidad de la injerencia en el derecho (leve a grave) versus el grado de satisfacción del principio promovido (indiferente a muy importante) sino también la probabilidad, eficacia, rapidez, alcance y duración con que se afectará el derecho o con las que se protegerán los principios, según las condiciones del caso. Tercero, el acto estatal sometido al test será constitucionalmente legítimo cuando el beneficio que irroga para los derechos fundamentales o bienes constitucionales que se busca alcanzar con su dictación es superior al costo que dicha regulación significa para el derecho fundamental perjudicado (Covarrubias, 2018: 481 y 482). Esto se traduce (Díaz, 2011: 197), en formular una regla en la que se indiquen las condiciones del caso concreto que conducen a preferir los derechos fundamentales o bienes constitucionales favorecidos por la medida por sobre el derecho fundamental afectado, o que conducen al resultado contrario.

24 Aclaran estos autores (2012: 71), que de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán se concluye que respecto de los tres primeros requisitos el legislador tiene un margen de discrecionalidad, que reduce el ámbito de control jurisdiccional. En concreto, solo errores manifiestos podrían conducir a la anulación de una norma legal por ser contraria al principio de proporcionalidad. Con relación al cuarto requisito, el mencionado tribunal ha sostenido que su cumplimiento implica fundamentar de manera clara las circunstancias subjetivas y objetivas relevantes.

Alcances y utilidad del examen de proporcionalidad en la labor jurisdiccional

Cotidianamente los tribunales llevan a cabo exámenes de proporcionalidad para resolver la autorización de ciertas actuaciones, medidas o diligencias que implican afectación de derechos fundamentales de una de las partes en un proceso civil, o del imputado o terceros en el proceso penal, que llevan implícita una colisión de derechos o intereses o valores.

Si bien generalmente se asocia la proporcionalidad con el conflicto directo entre derechos fundamentales, como el que se presenta paradigmáticamente entre el derecho a la honra y el derecho a la información,²⁵ o entre los derechos fundamentales del imputado y el interés público en la persecución y sanción del responsable del delito; a diario los órganos jurisdiccionales deben resolver múltiples peticiones que, no obstante la regulación por el legislador de sus requisitos de procedencia, siempre dejan un margen de discrecionalidad y valoración en que encuentra espacio la aplicación el examen de ponderación y que, indirectamente, importan un verdadero conflicto de derechos, intereses y valores.

Por ejemplo, la solicitud de notificación por avisos de un demandado cuyo domicilio no ha sido posible determinar conlleva un conflicto. Por un lado, entre el derecho a accionar del demandante, manifestación del derecho de petición y, por otro, el derecho de defensa del demandado y a la bilateralidad de la audiencia, desde que ese tipo de notificación genera el riesgo de que esta parte no tome conocimiento del juicio seguido en su contra y, de ese modo, no pueda intervenir en él. O una solicitud de medidas precautorias prejudiciales, donde colisionan los derechos patrimoniales de los futuros demandante y demandado.

²⁵ Véase sobre «derecho al olvido» sentencia Corte Suprema rol 25159-2018, de 21 de enero de 2019; sentencia Corte Suprema rol 5493-2019, de 23 de septiembre de 2019 y sentencia Corte Suprema rol 34615-2021, de 26 de mayo de 2021. Y en lo concerniente a «expresiones objetivamente difamantes» disponibles en Google, sentencia Corte Suprema rol 39972-2017, de 4 de diciembre de 2017. En la sentencia Corte Suprema rol 18721-2019, de 25 de septiembre de 2019, se niega que se esté frente a una colisión de derechos fundamentales, porque «no es posible construir un “derecho a fumar” en aquellos espacios donde está expresamente permitido, sino únicamente una facultad individual para hacerlo, respetando siempre las libertades, derechos de otros y la normativa que válidamente dispongan las autoridades respectivas».

De ese modo, el examen de proporcionalidad constituye una herramienta imprescindible en la labor jurisdiccional desde que la orienta hacia decisiones que permitan el mayor disfrute posible de los derechos fundamentales en colisión y, a su vez, posibilita resolver estos conflictos en base a un test con pasos lógicos y en forma escalonada, preestablecidos y conocidos, que la misma doctrina ha contribuido a uniformar en lo esencial, evitando la impredecible discrecionalidad judicial o la resolución de manera intuitiva.



Capítulo 5

El debido proceso en los procedimientos civiles y arbitrales

Es un diagnóstico no controvertido que nuestra justicia civil presenta hoy serias dificultades de acceso para las personas y también demora y congestión de procedimientos. Esto, sumado a la escasa utilización de los llamados mecanismos alternativos de resolución de conflictos,¹ son factores que deterioran la vigencia real a los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso. Y, desde ahí, los horizontales, pero infructuosos esfuerzos para reformar el Código de Procedimiento Civil (CPC).

Muchas de estas dificultades derivan de la escrituración que prima en este procedimiento, en el que se produce inevitablemente la desconcentración de los actos procesales que componen las etapas de discusión y de prueba, agravado por el entorpecimiento y dilación que generan los múltiples incidentes que pueden presentar las partes en el ínterin, así como la impugnación por apelación de la mayoría de las resoluciones que los deciden.

Además, nuestro modelo procesal tolera la mediación en materia de recepción de pruebas, de las cuales se deja un registro escrito que siempre podrá ser revisado con mucha posterioridad por el tribunal para adoptar su decisión definitiva, lo que parece haber restado urgencia a esta —a diferencia de los procedimientos orales—, constituyéndose en un motivo adicional de retraso.

Esta dispersión en la actividad probatoria y su excesiva duración es una de las causas de la enorme lentitud del procedimiento civil (Pinochet, 2019: 95).

Este panorama resulta aún más sombrío si se constata que las herramientas —específicamente reguladas en el CPC para evitar o corregir las infracciones al derecho a un justo y racional procedimiento— son

¹ Un diagnóstico de los problemas de nuestra justicia civil y propuestas para superarlos en una eventual reforma, en García y Leturia (2006: 345 y ss.).



muy limitadas y de menor alcance, a diferencia del procedimiento penal. Esto significa que habrá vulneraciones sin una herramienta procesal específica que permita subsanarlas.

Herramientas preventivas y correctivas de vulneraciones al debido proceso en el procedimiento civil

No obstante en el procedimiento civil no se han regulado ni desarrollado jurisprudencialmente herramientas específicas para la exclusión o no valoración de la prueba ilícita —lo que, como se ha demostrado en el proceso penal, constituye hoy en día la principal vía de protección de los derechos fundamentales del imputado— igualmente los mecanismos sí legislados permiten dar protección, aunque incompleta y fragmentaria, al derecho al debido proceso, como se examinará a continuación con el análisis particular de los principales.

Autorización judicial

Dentro del proceso civil todas aquellas actuaciones que podrían afectar el debido proceso u otra garantía —junto con encontrarse expresamente autorizadas en la ley, de conformidad a los artículos 6 y 7 de la Constitución— requieren una resolución judicial que así las disponga, como el embargo de bienes, la sustanciación en rebeldía de un proceso, la inadmisión de un recurso de apelación, etcétera.

Para la dictación de esa resolución el órgano jurisdiccional examinará la existencia de una disposición legal que autorice la actuación, el cumplimiento de los extremos legales previstos para ello y su proporcionalidad en la forma estudiada en el capítulo precedente. Con este examen se garantiza que esa afectación de derechos se sujeta al procedimiento previsto y a los casos autorizados por el legislador, con respeto del principio de proporcionalidad.

Nulidad procesal

La nulidad procesal reglada en el artículo 83 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, solo permite invalidar actuaciones ocurridas dentro del proceso, esto es, del tribunal o de las partes ante el tribunal. Esto restringe notablemente su campo de acción en favor de la garantía del



debido proceso, principalmente a actuaciones o resoluciones dictadas sin respetar el derecho a la bilateralidad del procedimiento y el derecho de defensa, tales como: actuaciones realizadas o resoluciones dictadas sin previo emplazamiento de la contraparte, o sin respetar el plazo para oponerse o para rendir prueba. Asimismo, permitirá invalidar actuaciones dictadas por un tribunal incompetente o inhabilitado, y otras de similar naturaleza.

Por otra parte, no obstante que el vicio procesal constituya una infracción a una garantía fundamental, como lo es el debido proceso, la nulidad puede ser subsanada expresa o tácitamente de no ser alegada dentro del plazo de cinco días² y no puede demandarla la parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización.

La invalidación de los actos judiciales que vulneren el debido proceso no solo puede ser perseguida por la parte agraviada, sino que además debe ser decretada de oficio por el tribunal, como lo establece el inciso cuarto del artículo 84 del CPC:

El juez podrá corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso. Podrá asimismo tomar las medidas que tiendan a evitar la nulidad de los actos de procedimiento. No podrá, sin embargo, subsanar las actuaciones viciadas en razón de haberse realizado estas fuera del plazo fatal indicado por la ley.

En aplicación de la disposición anterior, en sentencia de la Corte Suprema rol 12011-2022, de 14 de octubre de 2022, luego de declarar inadmisibles los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de la Corte de Apelaciones que rechaza un recurso de protección; resuelve que actuará de oficio por haberse incurrido en un error de procedimiento, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

Primero: Que, durante el examen de los antecedentes, esta Corte ha advertido un error en la tramitación que afecta seriamente el derecho de las partes y compromete *el respeto del debido proceso que debe existir en el procedimiento* de que se trata, según se explicará (la cursiva es nuestra).

² A diferencia de lo previsto en la nulidad procesal en el CPP, cuyo artículo 164 no admite el saneamiento de la nulidad tratándose de un vicio o defecto que hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República.

Segundo: Que, en estos autos, el abogado Daniel Vargas Downing interpuso un recurso de protección a favor de doña Ruth Mary Sepúlveda Rivas, en contra de la Caja de Compensación de Asignación Familiar Los Andes y de la Caja de Compensación de Asignación Familiar La Araucana, en razón de los descuentos, a su juicio improcedentes, que aquella ha realizado en perjuicio de sus remuneraciones.

Tercero: Que, tras el análisis de los antecedentes, la Corte de Apelaciones de Antofagasta razona en el considerando sexto de la sentencia de catorce de octubre de dos mil diecinueve que falló el fondo del asunto, que, habiéndose dispuesto el cese de los descuentos de las cuotas del crédito social otorgado a la actora y la devolución de las sumas que fueran descontadas, el imperio del derecho fue restablecido y por consiguiente, no existe medida alguna que dicha Corte pudiese adoptar en el marco de la acción cautelar.

Cuarto: Que, sin perjuicio de lo anterior, conforme el mismo mérito de la causa, la Corte de Apelaciones de Antofagasta consignó en el considerando octavo del mismo fallo: que el rechazo del recurso, fundado en la inexistencia de medidas cautelares que en la actualidad se pudieran adoptar en resguardo de los derechos del recurrente, constituye fundamento insuficiente para liberar a la recurrida de la carga pecuniaria, por lo cual declara que impondrá a la recurrida el pago de las costas. Empero, en su parte resolutive, únicamente declara que el recurso de protección deducido se rechaza, con costas.

Posteriormente, comparece una de las recurridas: Caja de Compensación de Asignación Familiar La Araucana, solicitando la tasación de las costas personales, las que son fijadas en dos ingresos mínimos mensuales incrementados para efectos remuneracionales. Esta resolución es objetada por la parte recurrente, quien reclama por el agravio que le produce la condena en costas y lo elevado de la suma fijada en atención a los montos que fueron objeto de la acción de fondo, siendo finalmente rechazada su solicitud.

Quinto: Que, como puede advertirse, la condena en costas impuesta con fecha catorce de octubre de dos mil diecinueve, contraviene el mérito del proceso y lo razonado por la propia Corte de Apelaciones de Antofagasta en sus considerandos séptimo y octavo, adoleciendo de un vicio que ha de ser corregido por esta Corte, justificando que se haga uso de la facultad contenida en el inciso final del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil que autoriza al juez para corregir de oficio los errores que observare en la tramitación del proceso y adoptar las medi-



das que tiendan a evitar la nulidad de los actos procesales, rectificando de este modo los yerros en que se ha incurrido, en la forma que se dirá.

Y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, actuando esta Corte de oficio, se deja sin efecto la condena en costas impuesta con fecha catorce de abril de dos mil diecinueve, y, en su lugar se declara que el recurso de protección deducido es rechazado sin costas.

No obstante la conjugación utilizada por el Código en el inciso final del citado artículo 84 —«podrá»—, creemos que, interpretado en consonancia con el inciso precedente, será un deber del tribunal invalidar de oficio las actuaciones o resoluciones si se trata de «una circunstancia esencial para la ritualidad o la marcha del juicio», y será tal toda aquella sin la cual se afecta alguna de las garantías que integran el derecho al debido proceso de una de las partes, afectación que el órgano jurisdiccional, por mandato del inciso segundo del artículo 5 de la Constitución, no puede simplemente obviar no obstante su conocimiento, o quedar a su arbitrio decidir si adopta o no este remedio. El recurso de casación en la forma constituye la principal vía correctiva, especialmente tipificada por el legislador, de precisas infracciones al debido proceso. En ese orden ha dicho nuestro máximo tribunal que la casación en la forma no solo es un medio de impugnar una sentencia, sino que también es, y principalmente, un medio para reclamar por la inobservancia de las garantías del procedimiento.³

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha indicado que los recursos de casación aseguran que el proceso se tramite de acuerdo con las normas del procedimiento que contienen las garantías procesales de las partes, y que el tribunal resuelva como ordena la ley. Específicamente respecto de la casación en la forma ha declarado que se establece para invalidar sentencias o procesos que no se ajusten a la norma procesal.⁴

En la misma línea ha expresado que detrás del ejercicio de este medio de impugnación se encuentra el legítimo derecho del requirente a obtener una sentencia que dé pleno cumplimiento a los requisitos que el legislador ha estimado como inherentes a un proceso jurisdiccional estructurado, de modo conforme con las garantías constitucionales aseguradas a todo aquel que recurre a la decisión de los tribunales de justicia.⁵

3 Sentencia Corte Suprema rol 602-2000, de 18 de abril de 2001.

4 Sentencia Tribunal Constitucional 205, de 1 de febrero de 1995.

5 Sentencia Tribunal Constitucional 2971, de 20 de octubre de 2016.

En efecto, este arbitrio cumple dos finalidades. Por una parte, vela porque los juicios se tramiten previa observancia de todos los trámites o diligencias prescritos como esenciales por la ley, en atención a que en ellos va envuelta la igualdad en la defensa de los derechos de las partes y la seguridad de que sean legalmente declarados y reconocidos. Y, por otra, cuida que los jueces, en la dictación de las sentencias observen las leyes que regulan su forma. Único camino o fórmula de darles a las partes litigantes garantías de acuerdo y justicia en dichos fallos (Casarino, 1997: 288 y 289).⁶

Entonces, las distintas causales del recurso de casación en la forma corresponden a vicios que no son sino específicas manifestaciones de infracciones a determinadas garantías comprendidas por el derecho al debido proceso que, por recoger los defectos procesales más habituales mediante una numeración taxativa, necesariamente dejará fuera otras formas de vulnerar esta garantía, que pueden ser tanto o más graves que las particularmente regladas.

Por otra parte, dadas las estrictas formalidades legales que deben observarse para su admisibilidad y procedencia,⁷ así como las distintas restricciones derivadas de su carácter extraordinario y de derecho estricto, el recurso de casación en la forma constituye una vía muy circunscrita para corregir graves infracciones al debido proceso.⁸

6 Mosquera y Maturana (2012: 246) agregan que el recurso de casación en la forma tiene como fundamento el resguardo del respeto por las formas del procedimiento establecidas por el legislador y la igualdad de las partes dentro de él.

7 El escrito mediante el cual se interpone un recurso de casación en la forma debe mencionar determinada y expresamente el vicio o defecto en que se funda, también del mismo modo la ley que concede el recurso por la causal que se invoca (artículo 772 del CPC). Además, debe señalar cómo se ha preparado el recurso o las razones por las cuales su preparación no es necesaria (artículo 769 del CPC).

8 En sentencia Corte Suprema rol 67540-2022, de 11 de noviembre de 2022, se rechaza la causal del artículo 768 número 9, toda vez que «el demandado no ha relacionado la causal de casación formal invocada, con ninguno de los numerales de los artículos 795 y/u 800 del mismo cuerpo legal. Al respecto, cabe señalar que el recurso de casación en la forma es de derecho estricto, por lo que es menester indicar claramente la causal por la cual se lo deduce, lo que implica que, tratándose de aquella contemplada en el artículo 768 número 9 del citado código, debe relacionársela necesariamente, con alguno de los numerales del artículo 795 y/u 800 del mismo cuerpo de leyes o con otra norma que diga expresamente que hay nulidad, nada de lo cual acontece en la especie». En relación a la indicación de peticiones concretas, en sentencia Corte Suprema, rol 3896-1999, de 27 de abril de 2000, se rechaza el recurso que omite señalar en la parte petitoria lo que debe resolverse en el evento de ser

Revisemos algunas causales del recurso de casación en la forma en relación a las garantías del debido proceso que protege.

Haber sido pronunciada la sentencia por un tribunal incompetente o integrado en contravención a lo dispuesto por la ley (artículo 768 número 1 del CPC)

Según García y Contreras (2013: 258) el derecho al juez predeterminado por la ley implica que el órgano judicial debe haber sido creado previamente a los hechos, fijada su competencia e investido de jurisdicción por ley. Este derecho —también llamado derecho al juez natural o al juez ordinario—, es parte de las garantías que componen el debido proceso,⁹ y mediante esta causal de casación se busca invalidar procedimientos sustanciados en contravención a esta garantía, al dictarse la resolución por tribunal incompetente o integrado en contradicción a la ley.

La integración del tribunal en contravención a la ley es un vicio que únicamente puede darse ante tribunales colegiados, y no solo cuando el tribunal se integra irregularmente, como cuando uno de los jueces delega su función jurisdiccional a un tercero, sino también cuando el relator o el secretario han omitido dar a las partes, o a sus abogados, el aviso del que habla el artículo 166 del CPC (Espinoza, 1980: 163).¹⁰

acogido, por lo que, a juicio de la Corte, «aun cuando el tribunal pudiese coincidir en el planteamiento de fondo de la nulidad formal intentada, no podría acogerla, por carecer de competencia para ello». Asimismo, las cortes estiman insuficiente el pedir de modo genérico que la Corte, al invalidar el fallo, dicte la sentencia de reemplazo que corresponda con arreglo a la ley (sentencia Corte de Apelaciones de Santiago rol 2779-2002, de 26 de agosto de 2002). Igualmente se demanda indicar de manera precisa los vicios infringidos, dado que se trata de un recurso esencialmente formal (sentencia Corte de Apelaciones de Talca rol 1564, de 30 de julio de 2002), resolviéndose también que, si el actor no denuncia con precisión los hechos constitutivos de la causal invocada, esto es razón suficiente para rechazar el recurso, independientemente de que se haya o no producido el desmedro alegado por el recurrente (sentencia Corte de Apelaciones de Rancagua rol 204-2007, de 4 de enero de 2007). Todavía más, se estima motivo de rechazo del recurso el que contenga peticiones subsidiarias, lo que puede obedecer igualmente a causales planteadas de esa forma, con lo cual impone a la parte agraviada el optar por uno de los vicios a alegar cuando en el procedimiento se han producido más de uno, lo que, tratándose de infracciones al debido proceso, importa tener que renunciar a alegar alguna de ellas.

9 Véase sentencia Tribunal Constitucional 2874, de 15 de noviembre de 2016.

10 Véase sentencia Corte Suprema rol 10934-1988, de 27 de julio de 1988.

También ha declarado la jurisprudencia que, si un fiscal judicial ya participó como auxiliar de la administración de justicia en un asunto, esto impide que la fiscalía judicial pueda ser llamada a integrar una sala pues, de suceder, este tribunal se encuentra integrado con contravención legal (sentencia Corte Suprema rol 461-2010, 21 de abril de 2010)

En los casos en que un tribunal unipersonal delegue su función jurisdiccional a un tercero que carece de ella, no nos encontramos en propiedad ante un asunto de incompetencia —el que supone que se trata de un órgano jurisdiccional—, pero sin competencia para conocer determinado asunto específico atendida su cuantía, materia, fuero o territorio-. En el supuesto de esta delegación, dada su proscripción por el artículo 76 de la Constitución, el delegado ninguna función jurisdiccional ha asumido y, por ende, la sentencia dictada no es una sentencia que emane de un órgano jurisdiccional.

Dado lo anterior, en estos supuestos resulta procedente la nulidad de derecho público del artículo 7 de la Constitución, que puede ser declarada de oficio por los tribunales de conformidad a los artículos 83 y 84 del CPC. Así se determinó en la delegación de funciones jurisdiccionales que solía realizar el director regional del Servicio de Impuestos Internos en un abogado del mismo servicio para fallar las causas de reclamación tributaria de su conocimiento, al amparo del artículo 116 del Código Tributario, norma que finalmente fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

En ese orden, en sentencia de la Corte Suprema rol 2409-2008, de 23 de noviembre de 2009, se resolvió:

Que en la especie ha existido respecto del tribunal que conoció de la causa falta de legitimación en el ejercicio de la jurisdicción, por lo que cabe concluir que de los tres presupuestos básicos de la relación procesal —a saber el tribunal, las partes y la contienda— ha faltado el primero, es decir, no ha existido un tribunal con jurisdicción ante el cual se trabara la litis. Tal situación, por su naturaleza, puede ser observada en cualquiera etapa del juicio por el tribunal que esté conociendo de él y acarrea de un modo inevitable en nuestro sistema jurídico la correspondiente declaración de nulidad, lo que se hará en virtud de lo previsto en los artículos 83 inciso primero y 84 inciso final del Código de Procedimiento Civil.¹¹

11 En el mismo sentido sentencia Corte Suprema rol 1724-2008, de 14 de octubre de 2009, y sentencia Corte Suprema rol 440-2008, de 30 de noviembre de 2009.

Ahora bien, la misma Corte precisó que el procedimiento administrativo que tiene por finalidad la imposición de sanciones que no consistan en pena corporal, contemplado en el artículo 161 del Código Tributario, «no entrega facultades jurisdiccionales a los directores regionales del Servicio de Impuestos Internos, sino que solo contiene la atribución del ejercicio de potestades administrativas sancionadoras» y, por ende, sí es delegable la imposición de esa sanción a un tercero de conformidad al citado artículo 116;¹² criterio del cual discrepamos puesto que, desde luego la resolución de ese conflicto jurídico conforme a derecho constituye ejercicio de facultades jurisdiccionales que, por tanto, son indelegables, al igual que en el juicio de reclamación tributaria antes comentado.

También nos encontraremos ante un órgano sin jurisdicción si el plazo para el ejercicio de esta potestad ha vencido, como en el caso de un juez árbitro que no obstante ello, dicta sentencia. Es decir, no estaremos frente a un árbitro incompetente sino ante un órgano sin jurisdicción. Sin embargo, pudiendo la Corte haber anulado de oficio, al igual que respecto de la delegación de funciones jurisdiccionales antes vista, de conformidad al artículo 84 del CPC, optó por anular la sentencia por esta causal al estimar que había sido pronunciado por un tribunal incompetente (Corte de Apelaciones de Valparaíso rol 687-2011, de 23 de abril de 2012).

En haber sido pronunciada por un juez, o con la concurrencia de un juez legalmente implicado, o cuya recusación esté pendiente o haya sido declarada por tribunal competente (artículo 768 número 1 del CPC)

El derecho a un juez o tribunal independiente e imparcial, integrante de la garantía del debido proceso, es el derecho —en un proceso o gestión judicial— a ser juzgado o determinado sus derechos y obligaciones por un tribunal que reúna, objetiva y subjetivamente, las condiciones de independencia e imparcialidad (García y Contreras, 2013: 260).

12 Sentencia Corte Suprema rol 7051-2007, de 13 de octubre de 2009. El fallo de reemplazo declara: «Que por los fundamentos señalados en los motivos de la sentencia de casación, solo cabe concluir que no existe en la especie ejercicio de facultades propiamente jurisdiccionales, sino que se está en presencia del uso de potestades administrativas sancionadoras cuya delegación está permitida en el artículo 6 letra B numeral 7 del Código Tributario, acorde con nuestro ordenamiento jurídico que reconoce expresamente la delegación de potestades administrativas, específicamente en el artículo 41 de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE)».

Este es un derecho de las personas definido en esa condición por los artículos 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹³

En sentencia de la Corte Suprema rol 4612-2009, de 1 de septiembre de 2010, se expresó que:

Nadie discute que la independencia e imparcialidad de los jueces es una garantía fundamental de todas las personas que recurren a los tribunales de justicia, que es reafirmación de la igualdad ante la ley y en la protección que se le debe en el ejercicio de sus derechos y ante la justicia, aspecto que nuestro ordenamiento constitucional reconoce en diversas disposiciones, en especial en los artículos 5, 19 números 2, 3, 7 y 26, y 76 de la Carta Política. De igual modo, se han reconocido estas garantías en diferentes declaraciones y convenciones internacionales ratificadas por nuestro país. Los tribunales nacionales e internacionales han determinado que toda persona, dentro de un debido proceso, corresponde sea juzgada por un tribunal integrado por jueces objetivamente independientes y subjetivamente imparciales, aspecto, este último que se ha destacado tiene dos vertientes: a) concreta, referida a los jueces y la ausencia de cualquier relación con las partes que afecten su desempeño, la que debe ser verificada mediante la prueba correspondiente, y b) abstracta, en que se excluye todo posible cuestionamiento de parcialidad, en donde aspectos objetivos, constituyen antecedentes suficientes que podrían llegar a establecer cualquier legítima duda y, por lo mismo, razonablemente, llevan a hacer perder la confianza en el desempeño ecuánime y neutral del juzgador.¹⁴

Las causales de implicancia y recusación precisamente buscan evitar que la decisión del conflicto jurídico sea efectuada por un juez respecto de quien se presentan determinadas circunstancias que el legislador ha estimado como motivos categóricos —las implicancias— o indicios suficientes —recusaciones— para estimar que carece de la imparcialidad y objetividad requerida de todo órgano jurisdiccional. De ese modo, las

¹³ Al respecto, véase sentencia de la CIDH: caso *Palamara Iribarne con Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

¹⁴ De manera similar, en sentencia Tribunal Constitucional 783-07, de 31 de agosto de 2007, se declaró que todo juzgamiento que se ajuste a los principios de un debido proceso debe emanar de un órgano objetivamente independiente y subjetivamente imparcial, siendo estos, elementos consustanciales del concepto de racional y justo.



implicancias son verdaderas prohibiciones que impone el legislador al juez para intervenir en determinado negocio judicial; mientras que las recusaciones se han establecido en beneficio de determinada parte litigante.

El artículo 194 del Código Orgánico de Tribunales (COT) dispone que «los jueces pueden perder su competencia para conocer determinados negocios por implicancia o por recusación declaradas, en caso necesario, en virtud de causas legales». Por ello, sostiene Espinoza (1980: 138) que las implicancias y recusaciones importan, en cierto modo, un caso de *incompetencia*, pero se diferencia de esta en que solo afectan a la persona del juez implicado o recusado y no al tribunal, quedando este competente y conservando por tanto la secretaría y demás empleados.

A fin de evitar la dictación de una resolución por un juez que carezca de imparcialidad, el artículo 199 prescribe que quienes se consideren comprendidos en alguna de las causas legales de implicancia o recusación deberán, tan pronto como tengan noticia de ello, hacerlo constar en el proceso, declarándose inhabilitados para continuar funcionando o pidiendo se haga esta declaración por el tribunal del que formen parte. Y, dada la gravedad de las causales de implicancia, además el artículo 200 dispone que la implicancia puede y debe ser declarada de oficio o a petición de parte y son irrenunciables, como se desprende, *a contrario sensu*, de lo prescrito en el artículo 125 del CPC.

Así se ha dicho en Corte Suprema rol 708-2011, de 17 de junio de 2011, que para la existencia de la causal en estudio no es necesario que la implicancia haya sido declarada, bastando que el juez que dicta el fallo se halle afecto a un motivo legal de implicancia, porque son verdaderas prohibiciones y, aún más, irrenunciables.

La causal de casación en estudio se ha estimado concurrente cuando el juez de la causa dicta sentencia definitiva y, luego de anular todo lo obrado en el procedimiento, vuelve a pronunciar el fallo.¹⁵ También cuando dos miembros de la Corte de Apelaciones que dictan la sentencia recurrida ya habían conocido con anterioridad de otra causa seguida entre las mismas partes en la que se decidió acoger la excepción de cosa juzgada hecha valer por el demandado. Esto, sin ponerlo en

¹⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso rol 3876-2001, de 11 de marzo de 2002.



conocimiento de las partes o haber solicitado se efectuara la declaración de su inhabilidad por el tribunal que integraban.¹⁶

Motivos para presumir imparcialidad no recogidos en las causales de implicancia y recusación

Las causales de implicancia y recusación tipificadas en los artículos 195 y 196 del COT no recogen todas aquellas situaciones en que es posible, razonadamente, presumir la parcialidad del juzgador sobre todo respecto de aquellas similares a las establecidas en dichos preceptos.

Pensemos en la parte, o en el apoderado o patrocinante de la parte, que sin ser cónyuge o conviviente civil del juez —vínculos sí recogidos en algunas causales de implicancia del artículo 195— mantiene sin embargo una relación sentimental con ese juez.

En esos casos, pese a que no se configure alguna causal, se ha instalado como una buena práctica el que los jueces dejen constancia en el expediente del motivo por el que estiman puede ser cuestionada su imparcialidad y arguyan el debido proceso como causal legal para inhabilitarse y restarse del conocimiento y fallo de la causa.¹⁷

16 Sentencia Corte Suprema, rol 4612-2009, de 1 de septiembre de 2010.

17 Sentencia Corte Suprema, rol 41.804-16, de 31 de enero de 2017: «Dejo constancia que conforme lo dispuesto en el artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República, la ministra [...] manifestó haber tenido relación profesional y actual amistad con la abogada de la parte recurrente, Sra. [...], vínculo que pudiera considerarse que afecta su imparcialidad para conocer la presente causa». Sentencia Corte Suprema rol 4.250-18, del 14 de noviembre de 2018: «Dejo constancia que el Abogado [...], señala encontrarse inhabilitado para conocer de esta causa por aplicación del artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República, que asegura un debido proceso, el cual, a su vez, exige un juez imparcial, lo que podría cuestionarse en el caso de autos, por ser representante legal de una institución farmacéutica». Sentencia Corte Suprema, rol 28.031-17, del 8 de abril de 2019: «Dejo constancia que el abogado integrante [...], señala encontrarse inhabilitado para conocer de esta causa por aplicación del artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República, que asegura un debido proceso, el cual, a su vez, exige un juez imparcial, lo que podría cuestionarse en el caso de autos, respecto del abogado recurrente»; y sentencia Corte Suprema, rol 8.945-18, del 10 de diciembre de 2020: «Dejo constancia que el abogado integrante [...], manifestó que se encuentra inhabilitado para conocer de esta causa por aplicación del artículo 19 número 3 de la Constitución Política de la República, que asegura un debido proceso, el cual, a su vez, exige un juez imparcial, en atención a que su hijo se encuentra unido en matrimonio con una de las nietas del querrellado de autos».

Sin embargo, esta solución no está libre de evidentes inconvenientes, desde que su manifestación y consignación en el expediente queda entregada a la mera discreción del juez, sin que, de acuerdo con el texto de la ley, pueda alegarla la parte afectada con la misma al no encuadrarse en alguna causa legal de implicancia o recusación.

Creemos que, si los tribunales han ido paulatinamente consensuando y uniformando su criterio en cuanto a la existencia de motivos graves no reglados que pueden menguar la imparcialidad de jueces de la misma forma que las causales de implicancia, y que ameritan restarse definitivamente del conocimiento y decisión de la causa, de presentarse alguna de ellas u otra análoga¹⁸ su declaración entonces no puede quedar entregada a la potestad del juez incumbente.

Nos encontramos aquí frente a un *derecho implícito* respecto del debido proceso y el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, esto es según Rey (2010: 1478) «una expansión natural del contenido expreso de un derecho por su aplicación a supuestos fácticos nuevos».¹⁹

Por tanto, dejar dicha constancia y apartarse del conocimiento de la causa es perentorio para el juez que toma conocimiento de estas circunstancias *sui generis* que lo inhabilitan, pudiendo ello además ser promovido por la parte afectada. En este último caso, de negar el juez incumbente esas circunstancias o su implicancia, creemos que el deber de respetar y promover el derecho a ser juzgado por tribunal imparcial y el debido proceso, que consagra el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución permite realizar una interpretación extensiva del artículo 195 del COT que incluya por analogía, en favor de la parte agraviada, otros casos similares a las causales de implicancia expresamente reco-

18 Obsérvese que la Corte Suprema, mediante Acta número 304-2008, de 23 de diciembre de 2008, complementada por Acta número 33-2009, de 30 de enero de 2009, en resguardo de la probidad y transparencia en los concursos a los que postulen miembros del Poder Judicial, ordena que todos ellos «deben formular una declaración en la que señalen las personas respecto de las que se encuentran vinculados con una relación de parentesco o de matrimonio o de pareja con o sin convivencia». De esa manera, si alguna de esas relaciones puede inhabilitar a un juez para resolver un concurso al que postula con quien mantiene esa relación, al poner en riesgo el respeto de la probidad y transparencia del concurso, de igual forma cabe concluir que lo inhabilita para decidir un conflicto jurídico del cual es parte, o patrocinante o apoderado de la parte, o fue fallado por un juez, con quien mantiene idéntica relación.

19 Como explican García y Contreras (2013: 235) el Tribunal Constitucional ha utilizado la técnica de reconocer derechos implícitos.

gidos en el citado artículo 195. Esto para entender que cuando la parte afectada invoca estos otros casos no expresamente incluidos en ese precepto, también está arguyendo una causal legal, que debe ser tramitada según las normas del incidente de implicancia, lo que además le permitiría luego recurrir mediante la causal de casación en la forma en estudio.

Haber sido acordada en los tribunales colegiados por menor número de votos o pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la ley o con la concurrencia de jueces que no asistieron a la vista de la causa, y viceversa (artículo 768 número 3 CPC)

Lo que se sanciona mediante esta causal es la incompleta o irregular integración del tribunal colegiado al «acordar» la decisión, mas no al firmarla (Mosquera y Maturana, 2012: 251) puesto que se busca que el acuerdo se adopte estando presente todos los jueces que asistieron a la vista de la causa (artículo 75 del COT)²⁰ y solo ellos, y respecto de ellos, con el número mínimo legal —dos— para alcanzar mayoría absoluta, tratándose de resoluciones distintas al mero decreto. La firma de la sentencia, en cambio, podrá ser realizada por menor número siempre que se deje constancia de ello y de las razones por las que no se firma (artículo 168 CPC).

El supuesto de haber sido dictada la sentencia por menor número de jueces que el requerido por la ley resulta hoy un problema aparente, de difícil ocurrencia, motivo por el cual no nos detendremos en él.

En cambio, el acordarse la sentencia por menor número de votos puede presentarse ante la discordia de votos (artículo 86 del COT), principalmente cuando en la Corte de Apelaciones los fundamentos por los cuales se adopta la decisión no reúnen el número mínimo de dos ministros.

Pero por sobre los anteriores, una afectación real al principio de inmediación protegido en la causal en estudio, en la parte que sanciona con nulidad el haber sido la sentencia acordada con la concurrencia de jueces que no asistieron a la vista a la causa (Pinochet, 2019: 110) pero que no encuentra remedio en el recurso de casación en la forma y, en particular, bajo esta causal, lo constituye la ausencia «cognitiva» de los jueces en la vista de la causa o en un juicio u otra audiencia oral. Es decir, el juez o la jueza pueden estar físicamente presentes durante esas instancias; sin embargo, durmiendo, leyendo algún texto físico o digital,

20 Ver sentencia Corte Suprema rol 4390-2009, de 6 de octubre de 2009.



o de otra forma no prestar atención alguna a la información que con la relación, alegatos e incorporación de prueba se busca entregarle para que adopte su decisión. Esto puede volverse común en los tribunales colegiados porque precisamente la pluralidad de jueces permite que la desatención de uno sea suplida por la atención de otros.

En esta hipótesis, si el juez que no presta atención simplemente se suma a la decisión de los otros integrantes del tribunal, al igual que la causal recogida expresamente por la ley, la decisión la habrán adoptado un menor número de jueces que el requerido.

Como se advertirá fácilmente, en situaciones de esta clase ya demostrar su ocurrencia importará un obstáculo casi insuperable para la parte afectada, más allá de que no se subsuma esta hipótesis en el texto de la causal en estudio y, ante esto último, es que las mismas podrían ser planteadas a través del recurso de queja.

Haber sido dada la sentencia ultra petita, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, o extendiéndola a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, sin perjuicio de la facultad que este tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la ley (artículo 768 número 4 CPC)

Una sentencia dictada *ultra petita* o *extra petita*, es una que excede lo que ha sido solicitado o discutido ante el tribunal,²¹ constituyendo de esa forma una violación al principio de la bilateralidad de la audiencia²² y, por consiguiente, al debido proceso, pues se resuelve algo que, por no haber sido pedido o no haberse planteado por las partes, no dio oportunidad a la parte agraviada para controvertirlo y defenderse.

Este vicio es una infracción a lo prescrito en el artículo 160 del CPC que dispone que «las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del

²¹ Maturana (2015: 434) explica que existe *ultra petita* también cuando se altera la causa de pedir o el objeto pedido por las partes. Sin embargo, Mosquera y Maturana (2012: 255) enseñan que no se falla *ultra petita* si se resuelve sobre los presupuestos de la acción, porque los tribunales tienen el deber de examinar los presupuestos de una acción y solo acoger la misma si ellos se verifican, independiente y sin importar la actividad que haya adoptado el adversario. A lo dicho, por cierto, debe añadirse los casos en que el tribunal está facultado para realizar una declaración de oficio, lo que descarta el vicio en examen.

²² Sentencia Tribunal Constitucional 3005, de 22 de noviembre de 2016, califica la bilateralidad de la audiencia como un presupuesto procesal esencial de lo que la Constitución entiende como un procedimiento racional y justo.

proceso, y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio».

Aun cuando no haya sido bajo la causal de casación en la forma en examen, la Corte Suprema ha acudido al principio de bilateralidad de la audiencia para desestimar la errónea aplicación de derecho sobre aspectos que no fueron resueltos en la sentencia penal que se invoca en la acción de cosa juzgada ejercida en sede civil, en sentencia de la Corte Suprema rol 27423-2020, de 19 de octubre de 2022:

Abordando los cuestionamientos que la parte demandante postula en su recurso de casación, es necesario aclarar que las argumentaciones que allí se desarrollan en relación a los efectos que a su juicio deben reconocerse a la sentencia penal tenida a la vista por los jueces —tendientes a instar por la cancelación de la inscripción dominical de la totalidad de las parcelas que en el contrato de 1 de junio de 1993 fueron vendidas a la demandada—, se formulan sobre la base de un aspecto que no formó parte de la discusión, que se circunscribió únicamente a las materias en las que los juzgadores han emitido pronunciamiento. En estas condiciones, resulta evidente que el demandante propone una casación de fondo fundada en infracciones de ley o errores de derecho referidos a materias que ciertamente derivan de hechos sobrevinientes y distintas de las discutidas en el juicio, cuestiones que no fueron invocadas por las partes en la etapa precursora, para efectos de conceder a la contraria la posibilidad de manifestar su parecer sobre la pertinencia de aplicar las normas que ahora postula, en los términos que indica —y ya explicitados en cuanto a la oportunidad en que se concretaron las circunstancias que les sirven de sustento— al caso *sub lite*.

De aceptarse un proceder en tal sentido se atentaría en contra del principio de bilateralidad de la audiencia y, consecuentemente, del debido proceso; anomalía que se origina justamente porque el recurso de casación discurre sobre la base de una circunstancia que no se había verificado cuando se trabó la litis.



Haber sido pronunciada la sentencia con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170 del CPC (Artículo 768 número 5 CPC)

Según García y Contreras (2013: 256) el derecho a sentencias motivadas, que integra el derecho a la tutela judicial, es un componente material de determinados actos jurisdiccionales donde la motivación explicita las razones de la decisión; permite controlar la discrecionalidad de los jueces y tribunales y habilita la posibilidad de impugnar la decisión mediante las acciones y recursos que establezca el ordenamiento jurídico.

El Tribunal Constitucional ha emitido diversos pronunciamientos destacando la relevancia de la fundamentación del fallo y su conexión con el debido proceso; y así ha señalado:

- Las garantías de un justo y racional procedimiento deben orientarse a hacer efectiva la cautela de los derechos y la racionalidad del procedimiento, entre cuyos elementos resulta primordial la motivación y fundamentación de las sentencias, evitando de esta forma toda arbitrariedad judicial.²³
- La motivación y fundamentación de las sentencias es connatural a la jurisdicción e ineludible en su ejercicio. Constituye, a la vez un deber del juzgador y un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional.²⁴
- La obligación de motivar las sentencias judiciales no tiene consagración expresa en nuestra Constitución, pero puede inferirse de la aplicación conjunta y sistemática de varios preceptos. Así el artículo 76 se refiere a los «fundamentos» de las resoluciones judiciales; el artículo 8 destaca la publicidad de los actos y resoluciones de los

23 Sentencia Tribunal Constitucional 2898, de 21 julio de 2016. En el mismo sentido, sentencia Tribunal Constitucional rol 3042, de 15 de noviembre de 2016; sentencia Tribunal Constitucional rol 3008, de 27 de diciembre de 2016 y sentencia Tribunal Constitucional rol 2988, de 29 de diciembre de 2016.

24 Sentencia Tribunal Constitucional rol 1873, de 25 de agosto de 2011. En la misma línea, véase sentencia Tribunal Constitucional rol 3042, de 15 de noviembre de 2016; sentencia Tribunal Constitucional rol 3008, de 27 de diciembre de 2016 y Sentencia Tribunal Constitucional rol 2988, de 29 de diciembre de 2016.



órganos del Estado, así como de sus fundamentos; el artículo 19, número 3, señala que toda sentencia debe «fundarse» en un proceso previo; y el artículo 6 establece implícitamente la exigencia de argumentar las decisiones jurisdiccionales. Esta obligación o principio sí encuentra consagración en nuestra legislación procesal.²⁵

- El deber de fundamentación de las sentencias se distingue de la garantía de poder solicitar la revisión de estas por un tribunal superior, en que la fundamentación de las sentencias no exige que proceda un recurso determinado y se reconoce a nivel legal en el artículo 170 del CPC.²⁶

Sin embargo, ha aclarado el Tribunal Constitucional que no infringen la exigencia de motivación de las sentencias fórmulas tales como «visto se confirma», y otras similares; toda vez que estas no obedecen a prácticas judiciales, sino a mandatos derivados de preceptos legales, como el del inciso final del artículo 170 del CPC que se refiere a las exigencias y requisitos de las sentencias, y que indica que si el fallo de primera instancia reúne esos requisitos, bastará con que el de segunda, que modifique o revoque aquella, se refiera a ella.²⁷

El artículo 5 transitorio de la Ley 3.390, de 15 de julio de 1918, dispuso: «La Corte Suprema establecerá, por medio de un auto acordado, la forma en que deben ser redactadas las sentencias definitivas para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 170 y 785 del Código de Procedimiento Civil», ante lo cual dicho tribunal procedió a dictar el auto acordado de fecha 30 de septiembre de 1920, en el que precisa el contenido que deben tener las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las que revoquen o modifiquen las de otros tribunales. Estas exigencias entonces deben ser observadas por los tribunales en sus sentencias definitivas pues orientan en el cumplimiento del deber de dictar una sentencia fundada, como actualización del derecho de las partes a un justo y racional procedimiento.

²⁵ Sentencia Tribunal Constitucional 1873, de 25 de agosto de 2011. Asimismo, sentencia Tribunal Constitucional rol 4397, de 30 de octubre de 2018; sentencia Tribunal Constitucional rol 4398, de 13 de noviembre de 2018 y sentencia Tribunal Constitucional rol 4399, de 4 de diciembre de 2018.

²⁶ Sentencia Tribunal Constitucional rol 2798, de 24 de diciembre de 2015.

²⁷ Sentencia Tribunal Constitucional rol 3100, de 11 de julio de 2017.



El mismo tribunal, al respecto, ha resuelto en la sentencia rol 11673-2021, de 16 de diciembre de 2022, que:

Las consideraciones de hecho y de derecho que han motivado la decisión judicial, junto con la enunciación de las leyes, y en su defecto, de los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo, constituyen lo que se denomina en lenguaje forense la fundación de las sentencias. Los tribunales y la doctrina han hecho hincapié en esta obligación de motivar o fundamentar las sentencias, por cuanto tal exigencia no solo dice relación con un asunto exclusivamente procesal, referido a la posibilidad de recurrir, que implica impugnar una resolución de manera de evitar errores y arbitrariedades —derecho consagrado en la Carta Fundamental— que importa la idea del racional, justo y debido proceso que debe alcanzarse en la sentencia, sino porque, además, se relaciona con un tema externo a la procesabilidad referida, que se enmarca en la necesidad de someter al examen que puede hacer cualquier ciudadano de lo manifestado por el juez y que hace posible, asimismo, el convencimiento de las partes en el pleito, evitando la impresión de arbitrariedad al tomar estas conocimiento del porqué de una determinación. (Andrés Bordalí Salamanca, Gonzalo Cortez Matcovich y Diego Palomo Vélez, *Proceso Civil. Los recursos y otros medios de impugnación*, 2.^a edición, Santiago, Thomson Reuters, 2019, p. 213; y Carlos Anabálón Sanderson, *Tratado práctico de derecho procesal civil. Disposiciones comunes a todo procedimiento. De las cuestiones de competencia. Los recursos procesales*, Santiago, El Jurista, 2018, p. 221; y Corte Suprema, 2 julio 1965. R., t. 62, sec. primera, p. 171). De ahí que la falta de esas consideraciones o insuficiencia de las mismas constituye un vicio de forma y ocasiona la sentencia nula.

Las consideraciones de hecho y de derecho que exige la ley, tienen por objeto que el tribunal desarrolle en cada caso y para cada una de las conclusiones los razonamientos que determinan su fallo, como también que lo juzgado y lo resuelto guarden conformidad con la ley. Tradicionalmente se ha sostenido que la causal del número 5 del artículo 768 en relación con el número 4 del artículo 170, ambas del Código de Procedimiento Civil, solo concurre cuando la sentencia definitiva no contiene consideraciones de hecho y de derecho que sirvan de fundamento a la decisión, esto es, no se desarrollan los razonamientos que determinen el fallo y carece de normas legales o de equidad que tiendan a obtener la legalidad del mismo, pero no cuando estos no se ajustan a la tesis sustentada por la parte que reclama y ni aun cuando ellas resulten

equivocadas. En el mismo sentido, se nos ha señalado que esta causal concurre cuando el vicio consiste en la falta de consideraciones mas no en la impropiedad de estas; la circunstancia que las consideraciones sean erradas o deficientes no se sanciona con la nulidad del fallo, puesto que ese vicio se constituye según la ley por la falta de consideraciones de hecho o de derecho, situación que se ha entendido se produce, asimismo, cuando entre sí son contradictorias o se destruyen unas a otras (véase Mario Mosquera Ruiz, y Cristian Maturana Miquel, *Los recursos procesales*, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2021, p. 294 y Bordalí, Cortez y Palomo, *Proceso Civil. Los recursos y otros medios de impugnación*, 2ª edición, Santiago, Editorial Thomson Reuters, 2019, p. 218. En este sentido puede consultarse además las sentencias de esta Corte de Casación de 20 de mayo de 2022, rol número 11.415-2021 y 10 de febrero de 2022, rol número 85.073-2020).

A su turno, la enunciación de las leyes, o en su defecto, de los principios de equidad que deben contener las sentencias definitivas, refiere a aquellas disposiciones que el tribunal ha tenido presentes y aplicado en su sentencia, aun cuando no sean las mismas invocadas expresamente por las partes, siempre que guarden conformidad con la naturaleza de las acciones o excepciones aducidas por ellas. Se ha resuelto que este vicio solo concurre cuando la sentencia carece de los fundamentos jurídicos que le sirven de sustento, es decir, cuando se omite en su desarrollo la mención de las disposiciones que explican la decisión adoptada. Por consiguiente, el requisito establecido por el número 5 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a que la sentencia enuncie las leyes y, en su defecto, los principios de equidad con arreglo a los cuales se pronuncia, no significa que el tribunal deba citar todas las leyes y principios que se relacionen con las acciones y excepciones deducidas en el proceso, sino solo los necesarios para la calificación jurídica de los hechos establecidos y para la resolución del asunto; cumple con esta disposición la sentencia que se limita a citar las leyes más indispensables que le sirven de fundamento, y no todas las que también vendrían al caso (Corte Suprema, 23 de octubre de 2018, rol número 40.732-2017; 30 mayo 2001. R. t. 98 sec. 1.ª, p. 125; y 23 agosto 1934. R., t. 34, sec. 1.ª, p. 412).²⁸

²⁸ Sobre el deber de fundamentar las sentencias, ver también sentencia Corte Suprema rol 3190-2009, de 21 de junio de 2010, sentencia Corte Suprema rol 14903-2019, de 4 de noviembre de 2019, sentencia Corte Suprema rol 21264-2020, de 14 de octubre de 2020, y sentencia Corte Suprema rol 4207-2001, del 23 de diciembre de 2002.

A continuación, nos detendremos en tres aspectos problemáticos en relación con el deber de fundamentación de las sentencias: el alcance de su control por tribunales superiores, la fundamentación en la determinación del daño moral y el monto de indemnización, y fundamentos o consideraciones contradictorias.

a) Alcance del control de fundamentación. La efectividad del derecho a una sentencia fundada como parte de la garantía del debido proceso no puede aceptar que la motivación del fallo se satisfaga solo formalmente con la mera expresión de «alguna» o «cualquier» razón, sin aquilatar la seriedad, pertinencia o fundamento de esta, pues ello importaría un cumplimiento aparente y burocrático.

Sin embargo, es habitual que nuestras cortes conociendo de la causal de casación en estudio se contenten con cualquier justificación para estimar que se cumple con la expresión de las consideraciones de hecho y derecho que demanda el artículo 170 número 5 del CPC, indicando que la suficiencia o mérito de las razones es un aspecto que debe ser controvertido mediante el recurso de casación en el fondo.²⁹

Al respecto explica Maturana (2015: 459) que parte de la jurisprudencia ha hecho un control formal de la fundamentación señalando que, si la sentencia tiene considerandos, entonces no procede la casación por esta causa. Solo bastaría que exista una fundamentación, sin importar si ella es incompleta, insuficiente y/o errada y deficiente.³⁰

El mismo Maturana (2015: 459) refiere que, otra parte de la jurisprudencia, entrando a un control más sustancial, ha establecido que falta motivación cuando los considerandos son contradictorios entre sí, porque tales se destruyen entre ellos, dejando a la sentencia sin fundamentos.

²⁹ Véase Corte Suprema rol 21116-1987, de 3 de septiembre de 1987; sentencia Corte Suprema rol 1375-2002, de 5 de agosto de 2002; sentencia Corte Suprema rol 3258-2002, de 6 de noviembre de 2003 y sentencia Corte Suprema rol 4207-2001, de 23 de diciembre de 2002.

³⁰ Diversos autores adhieren a dicha posición, como Casarino (1997: 306) al expresar que esta causal no sanciona con nulidad las consideraciones erradas o deficientes. Benavente (1991: 230) igualmente expresa que la ley no se ha puesto en la situación que los considerandos sean malos, solo que falten. Espinoza (1980: 143), por su parte indica que los considerandos errados o insuficientes no pueden servir de base para interponer el recurso en estudio, porque la forma de ellos queda entregada al criterio y apreciación del juez que dicta la sentencia.

Sin embargo, no ha llegado la jurisprudencia a dar un paso más para entender que no puede considerarse cumplida la obligación de dictar una sentencia fundada, con la mera observación formal de la entrega de cualquier razón, si esta es patentemente arbitraria, antojadiza o totalmente ajena al derecho, ya que debe tratarse de una que, aunque equivocada, sea reflejo del real propósito del órgano jurisdiccional de resolver el conflicto conforme a derecho.

En línea con lo aquí sostenido, en sentencia de la Corte Suprema rol 11673-2021, de 16 de diciembre de 2022, se establece que la causal de nulidad formal que nos ocupa se configura no solo con la ausencia e insuficiencia de las consideraciones de hecho y derecho que sirvan de fundamento a la decisión, sino también «cuando adolecen de incoherencia interna, arbitrariedad e irrazonabilidad».³¹

Del mismo modo, el deber de valorar fundadamente la prueba no puede darse por satisfecho con la mera enunciación de las probanzas rendidas en el juicio,³² sino que importa aquilatar y razonar en torno a la prueba, expresando los motivos por los cuales se le da o resta valor, cuánto valor y por qué se prefiere una prueba sobre otra. De fijar la ley el valor que debe darse a determinado medio probatorio entonces debe explicitarse cómo se cumplieron los presupuestos legales para otorgarle el valor asignado. Y si se trata de prueba que debe ser apreciada conforme a la sana crítica, las exigencias de fundamentación son mucho más elevadas.

Es así como el referido auto acordado, de 30 de septiembre de 1920 demanda en esta materia que la sentencia definitiva contenga:

Sexto: Si no hubiere discusión acerca de la procedencia legal de la prueba, los hechos que se encuentren justificados con arreglo a la ley y los fundamentos que sirvan para estimarlos comprobados, haciéndose

31 La sentencia Corte Suprema rol 4135-1999, de 29 de enero de 2001, resuelve que se cumple con la exigencia de fundamentación cuando el fallo contiene consideraciones de hecho o de derecho relativas a cada uno de los puntos sometidos a debate, siempre que tales consideraciones no sean incompatibles entre sí y guarden concordancia con la conclusión a que arriba.

32 En sentencia Corte Suprema rol 2564-2009, de 12 de octubre de 2010, se estima que constituye la causal de casación en comento, el contener la sentencia la mera enumeración de la prueba aportada a la causa, pero sin analizar apropiadamente los antecedentes que de conformidad a las cargas procesales que a cada quien le venían asignadas, servían con mayor preponderancia para esclarecer el asunto controvertido.



en caso necesario la apreciación correspondiente de la prueba de autos conforme a las reglas legales.

Séptimo: Si se suscribe cuestión acerca de la procedencia de la prueba producida, la exposición de los fundamentos que deben servir para aceptarla o rechazarla, sin perjuicio del establecimiento de los hechos en la forma expuesta en los párrafos precedentes para los fines consiguientes.

La misma Corte Suprema, en cambio, ha dicho que, si se prescinde «absolutamente» de considerar, analizar y calificar la prueba rendida, le afecta a la sentencia la causal de nulidad en examen,³³ con lo cual, *a contrario sensu*, «cualquier» consideración o análisis, por vago e irrelevante que resulte habrá cumplido, a juicio de la Corte, con la exigencia de fundamentación esperable de toda sentencia definitiva.

En sentido contrario, Mosquera y Maturana (2012: 259) enseñan que la valoración integral de la prueba no se logra con la mera enunciación de los elementos probatorios, sino con una ponderación racional y pormenorizada de los mismos, con mayor razón si solo es referida por el nombre de los testigos y la foja donde se agregan los documentos. Esta mayor exigencia proviene de la calificación de justo y racional del procedimiento que debe mediar para asentar las decisiones de los órganos que ejercen jurisdicción en el Estado.

Concordantemente ahora, en sentencia Corte Suprema rol 15294-2018, de 30 de enero de 2019, se explica:

Para el debido establecimiento de los hechos resulta imperativo que el tribunal efectúe un estudio y análisis de la prueba rendida, expresando con claridad y precisión las razones que conduzcan a darlos por acreditados o por las que rechace así decidirlo. De este modo, por imperativo legal, toda sentencia definitiva ha de iniciar sus consideraciones con el análisis de la prueba rendida y posterior establecimiento de los hechos que se dan por probados, para luego razonar acerca del derecho aplicable y, consecuentemente, sobre la procedencia de las acciones y defensas planteadas.³⁴

33 Sentencia Corte Suprema rol 3136-2005, de 29 de marzo de 2007. En sentencia Corte Suprema rol 3190-2009, de 21 de junio de 2010, igualmente se acoge la causal de casación ante la «palmaria carencia absoluta de motivaciones en el fallo impugnado».

34 De manera similar, sentencia Corte Suprema rol 14903-2019, de 4 de noviembre de 2019 y sentencia Corte Suprema rol 31272-2018, de 29 de agosto 2019.

Entonces, solo puede calificarse como sentencia fundada y, por ende, respetuosa del debido proceso, un fallo razonablemente fundado en consideraciones de hecho y derecho,³⁵ más allá de la correcta aplicación del derecho de esa decisión, asunto que efectivamente debe ser revisado mediante la apelación o la causal de casación de fondo.

b) Fundamentación en la determinación de daño moral y monto de indemnización. Resulta habitual en nuestra jurisprudencia tolerar menores exigencias de fundamentación tratándose del establecimiento del daño moral aludiendo a su naturaleza eminentemente subjetiva, que obsta para ser susceptible de prueba y determinación directa, como en la sentencia de la Corte Suprema rol 31965-2019, de 14 de abril de 2020:

En lo atinente a la prueba del daño moral la jurisprudencia reiterada de esta Corte afirma que esta es la lesión efectuada culpable o dolosamente, que acarrea molestias en la seguridad personal del afectado, en el goce de sus bienes o en un agravio a sus afecciones legítimas, de un derecho subjetivo de carácter inmaterial e inherente a la persona e imputable a otra. Daño que sin duda no es de naturaleza propiamente económica y no implica, en consecuencia, un deterioro o menoscabo real en el patrimonio de la misma, susceptible de prueba y determinación directa; sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva.

Así, atendida esta particularidad, no pueden aplicarse para precisar su existencia las mismas reglas que las utilizadas para la determinación de los daños materiales, que están constituidos por hechos tangibles y concretos, que indudablemente deben ser demostrados, tanto en lo que atañe a su especie como a su monto.

Noveno: Que la comprobación de la transgresión o agravio del derecho subjetivo envuelve *per se* la prueba de la efectividad del daño moral, de manera que acreditada la existencia del delito de homicidio, de carácter de lesa humanidad, forzoso es concluir que se ha producido dicho perjuicio y que debe ser reparado, lo que no podría ser de otra forma en tanto que materialmente es difícil, por no decir imposible, medir con exactitud la intensidad con que la muerte de su hermano ha afectado a los demandantes, por la naturaleza del perjuicio producido, de todo lo cual se concluye que, este tipo de menoscabo, no requiere ser fun-

³⁵ En sentencia Corte Suprema rol 5554-2011, de 6 de junio de 2013, se explica que «considerar» implica la idea de reflexionar detenidamente sobre algo determinado, es decir, concreto.



damentado ni probado en la forma alegada, considerando, como se ha dicho, el carácter espiritual que reviste.

En efecto, la naturaleza e intensidad del dolor no hace indispensable la prueba sobre el mismo, por tratarse de un hecho evidente en cuanto a que la muerte de una persona, en el contexto institucional de la época, a manos de agentes del Estado, en un recinto policial en que se hallaba detenido, produce sufrimiento a sus parientes y cercanos, lo que no requiere de evidencia, daño que debe ser indemnizado, tomando en cuenta todos los antecedentes reunidos y debiendo hacerse sobre el particular una apreciación equitativa y razonable por el tribunal.

Décimo: Que, en razón de lo anterior, cuando los sentenciadores del grado reprochan la falta de prueba del daño alegado, transgreden el artículo 1698 del Código Civil, pues imponen sobre los actores una carga probatoria improcedente. En efecto, parece desacertado y contradictorio que se estime demostrado el hecho dañoso y se le califique como un delito de lesa humanidad, para después declarar que el daño moral no ha sido probado por los actores —hermanos de la víctima directa—, a pesar de tener un vínculo de consanguineidad no discutido, más aún cuando el lazo familiar sí se considera suficiente en relación con los padres, hijos, cónyuges y convivientes.

En virtud de dicho criterio, pareciera que la determinación de la existencia del daño moral debe presumirse y darse por demostrada únicamente atendiendo a la naturaleza del delito sí acreditado o del parentesco del demandante con el afectado por la acción del demandado, con abstracción de la cercanía de aquellos o de las reales secuelas ocasionadas al actor, invirtiéndose de cierta forma la carga de la prueba, pues debiera ahora el demandado demostrar la inexistencia de ese daño.

A diferencia de lo postulado por la Corte en el extracto transcrito, creemos que las circunstancias ahí reseñadas no liberan al actor de su carga de probar el daño moral, sin perjuicio que este en algunos casos, dada la naturaleza del delito —especialmente aquellos que constituyen violaciones a los derechos humanos—, el vínculo del demandante con el afectado directamente por la acción del demandado, sumado a otras circunstancias fácticas debidamente asentadas, pueda establecerse mediante el medio de prueba de las presunciones, pero este requiere hechos reales y probados que posibiliten esa inferencia.³⁶ De esa manera,

36 Como se decidió en sentencia Corte Suprema rol 31272-2018, de 29 de agosto 2019, fallo que da por demostrado el daño moral sufrido por la conviviente del fa-

no bastaría demostrar el parentesco con el directamente afectado, sino se requiere además acreditar una relación cercana o estrecha con este y, sobre la base de ese supuesto, podría con otros elementos presumirse el daño moral.

Aún más problemático resulta la determinación del monto de la indemnización del daño moral, pues se ha vuelto un asunto en el que los tribunales resuelven en principio de manera intuitiva y, después, simplemente apegándose o aproximándose a los montos fijados en causas anteriores, pero sin ningún cimiento objetivo. Esto ha sido avalado por la Corte Suprema al resolver que los montos de la indemnización se fijan «prudencialmente», como en sentencia rol 34259-2017, de 24 de octubre de 2017, en la que expresa que:

Como reiteradamente lo ha sostenido esta Corte, los concretos montos de la indemnización en el caso del daño moral se establecen prudencialmente, más aún, tratándose de un delito de lesa humanidad, dada la particular naturaleza, pervivencia y características de las secuelas derivadas del mismo y no conforme a precisas y estrictas directrices, reglas o tablas establecidas en la ley, sea nacional o internacional. En consecuencia, los falladores obraron prudencialmente al fijar el monto cuestionado, esto es, con templanza, cautela, moderación y buen juicio, criterios estos, constantemente adoptados por esta Corte Suprema en la materia de que se trata.

También en sentencia de la Corte Suprema rol 19165-17, de 27 de septiembre de 2017:

Segundo: Que la sentencia de segundo grado, para reducir los montos de las indemnizaciones fijadas en la de primer grado, expresa en su motivo 11 que «en lo que se refiere específicamente al monto de las indemnizaciones concedidas, siendo ellas determinadas en forma prudencial y, como indica la sentencia que se revisa, por su carácter inmaterial difíciles de cuantificar, se estima razonable fijarlas en las sumas que se indican y que se estiman más acordes a los antecedentes y circunstancias, concediendo los montos que se fijan a cada uno de los demandantes.

llecido a consecuencia de la acción de agentes estatales, mediante la declaración de distintos testigos que compartieron con ella después de ese deceso, así como a través de pericias psiquiátricas que dieron cuenta de las secuelas psicológicas y emocionales sufridas por la demandante.



Si bien esta argumentación es escueta y sencilla, se condice con la forma en que se fijan los montos en el caso del daño moral atendida la naturaleza de los mismos. Esto es, prudencialmente, pues su determinación obedece a una estimación que «intenta» aproximarse a una justa reparación por el dolor que ilegítimamente debieron soportar las víctimas o sus familiares a raíz del delito —y que seguramente se extenderá en el tiempo en casos como el de marras—, todo ello sobre la base de elementos difíciles de aquilatar y traducir en un equivalente monetario cierto. Y además no conforme al resultado de una precisa y objetiva cuantificación del daño o perjuicio material ocasionado en el pasado y de las correspondientes sumas o prestaciones que permitirán resarcirlo en el futuro.

Por las razones antedichas es que la argumentación del fallo de primer grado —integrante de la sentencia en alzada, pues no fue eliminada por esta—, específicamente en lo relativo al *quantum* de la indemnización, no aporta tampoco disquisiciones mayores o más completas que las de la sentencia recurrida, al señalar solo que «si bien tal daño, por su carácter inmaterial, es difícil de cuantificar, no es menos cierto que debe ser considerada la prolongación del dolor sufrido por los actores y considerando la restitución integral, aparece adecuado, congruente y lógico, fijar las sumas de: \$70.000.000 (setenta millones de pesos) para Isabel del Carmen Torres Carrasco y \$50.000.000 (cincuenta millones de pesos) para cada uno de los hijos, esto es, Isabel del Carmen y Osvaldo Manuel Sepúlveda Torres».

De esa manera, y atendido lo antes expuesto, debe concluirse que el fallo impugnado sí cuenta con las consideraciones que sirven de fundamento a los montos de indemnización fijados en lo resolutivo, motivo por el cual el recurso en estudio no podrá prosperar.³⁷

37 De modo semejante, sentencia Corte Suprema rol 8106-2018, de 29 de enero de 2019, también rechazando un recurso de casación en la forma deducido contra la sentencia que rebaja el monto de la indemnización por daño moral, señala: «Cuarto: Que, en primer término, cabe reparar que los razonamientos desarrollados por el fallo de primer grado podrían servir tanto para fundar el monto de la indemnización fijada en esa instancia como aquella establecida en alzada, desde que discurren principalmente sobre la existencia del daño moral sufrido por los actores y no sobre qué monto, aproximadamente, podría estimarse como su justa reparación, asunto que sí trata expresamente la sentencia de segunda instancia, donde pondera todos los aspectos que ella misma reseña así como los expresados en el fallo del *a quo*, pues todos ellos dicen relación con las circunstancias vividas por los actores a consecuencia de la pérdida de su padre y hermano por el actuar ilegal de agentes estatales.

Lo que se viene comentando se hace aún más patente en decisiones de alzada que confirman el fallo de primer grado, con declaración que aumentan el monto de la indemnización, pero sin justificar dicho incremento; lo que ha sido avalado en los fallos que no hacen lugar a la causal de casación en examen, como en sentencia de la Corte Suprema rol 11673-2021, de 16 de diciembre de 2022, expresando:

En cuanto a la fijación de dicha suma, no está de más recordar que el daño moral, por su propia naturaleza, no tiene parámetros fijos para su apreciación, la que dependerá de cada caso concreto y la entidad del sufrido, depende también de circunstancias particulares relativas a la vinculación existente entre la víctima y quien la pretenda. Por lo mismo, *la regulación del monto de la indemnización que por dicho concepto corresponda ha de hacerse prudencialmente por los jueces del fondo*, quiénes deben hacerlo, por cierto, tomando en cuenta los factores propios de cada proceso y, como en el presente caso ha ocurrido, se debe considerar la norma del artículo 2330 del Código Civil, si ello fuere pertinente (la cursiva es nuestra).

En sentido contrario, y correcto, con lo que descarta implícitamente que la determinación «prudencial» del monto de la indemnización exima al tribunal de segunda instancia de entregar las razones por las cuales modifica una suma indemnizatoria fijada por el tribunal *a quo*, en sentencia de la Corte Suprema rol 14903-2019, de 4 de noviembre de 2019, se explica:

Séptimo: Que, en la especie, resulta evidente que la sentencia impugnada adolece de las falencias denunciadas, toda vez que de un estudio de ella aparece, en los términos acotados en la reflexión anterior, una nula y por lo tanto insuficiente exposición de los racionios que le sirven de soporte, en todos sus extremos, por lo que no se ha acatado el mandato del legislador.

En otras palabras, las sentencias de primera y segunda instancia determinan el monto de la indemnización basándose en las mismas circunstancias fácticas, sin embargo, realizan una distinta cuantificación de la suma que, en el caso *sub lite*, sería suficiente para acercarse a la pretendida reparación, divergencia que está dentro de las facultades que tienen los jueces en esta materia y que, en el caso *sub lite*, aparece fundada, lo que evidencia que en verdad lo que se protesta es la concreta decisión a que conduce esa motivación y no la inexistencia de ella. Por lo dicho, al no presentarse el vicio denunciado, deberá desestimarse la segunda causal del recurso de casación en la forma».

Efectivamente la sentencia recurrida luego de reproducir la de primera, en su único considerando expresa: «en atención al mérito de la evidencia reunida en orden a justificar el daño moral demandado», luego de lo cual confirma la sentencia apelada con declaración que reduce el monto de la indemnización a veinte millones de pesos, sin analizar el detalle de los antecedentes que los llevaron a disminuir el monto ordenado pagar al Fisco de Chile por el tribunal de primera instancia. Esto, atendida la naturaleza de la impugnación formulada constituye la omisión de los razonamientos del juicio denunciados por el presente arbitrio. No hay que olvidar que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público y aspectos de justicia material que permiten avanzar en el término del conflicto.

La necesidad de un análisis en tal sentido emana de la naturaleza de la acción indemnizatoria ejercida y de lo expuesto por los litigantes, dado que para una adecuada resolución del asunto era imperativo analizar los perjuicios que la desaparición forzada de Jaime Aldoney Vargas le causó a su hermano y demandante de autos. La controversia planteada versaba justamente sobre los daños que los agentes del Estado de Chile con su actuar causaron al recurrente.

Aún más explícito, recientemente la sentencia Corte Suprema rol 129356-20, de 6 de marzo de 2023, expresa lo siguiente:

Séptimo: Que, el que la determinación del monto dinerario que permita en algún modo reparar, mitigar o ayudar a sobrellevar el dolor causado por el hecho ilícito asentado, deba necesariamente realizarse prudencialmente, ante la imposibilidad de fijar con alguna exactitud y certeza la suma que sirva a esos objetivos, no conlleva que esa evaluación sea arbitraria y antojadiza para el órgano jurisdiccional, sino que ante la imposibilidad de concretarla sirviéndose de fórmulas, pautas o métodos uniformes y universales para todo tipo de situaciones, el tribunal debe analizar cada caso en base a sus especificidades y particularidades, sopesándolas con cautela y moderación, lo que por cierto le entrega mayor flexibilidad para dicha determinación, pero que no implica en modo alguno liberarlo del deber de expresar las razones que llevaron a arribar a esa conclusión.

Octavo: Que la sentencia de la Corte de Apelaciones en su considerando duodécimo simplemente manifiesta que disiente de la avalua-



ción de la indemnización civil fijada en el fallo de primera instancia, procediendo luego a determinar los montos que sí estima procedentes, pero sin expresar los motivos de esa modificación, sea porque las sumas establecidas por el a quo son desproporcionadas, y en ese caso, en relación a qué, o no guardan correlación con la gravedad de los hechos acreditados, u otra razón. Específicamente al respecto el fallo nada más señala: «es absolutamente procedente la indemnización civil demandada en autos, pero con cuya valuación esta Corte disiente en la forma que se dirá».

Noveno: Que como resulta evidente de lo antes expuesto, se ha cometido el vicio denunciado previsto en el artículo 541 número 9 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto el fallo carece de las consideraciones de hecho y derecho que justificarían rebajar los montos de las indemnizaciones fijadas por el juez de primer grado, por lo que se acogerán los recursos de casación en la forma deducidos por los abogados Caucoto Pereira y Garcés Fuentes, anulándose el fallo impugnado y dictándose la correspondiente sentencia de reemplazo para enmendar el vicio cometido en su sección civil.

c) *Fundamentos o consideraciones contradictorias.* La Corte Suprema ha considerado uniformemente que las consideraciones contradictorias, que se anulan entre sí, privan de fundamento a la sentencia y configuran la causal en análisis. En esa línea ha dicho que la contradicción «provoca como efecto que esa sentencia carezca de los fundamentos de hecho y de derecho que han de servir de sustento a la decisión adoptada, como quiera que, al ser incompatibles esas reflexiones, no pueden subsistir simultáneamente».³⁸

En ese orden se resolvió en sentencia de la Corte Suprema rol 21264-2020, de 14 de octubre de 2020:

Noveno: Que, así, resulta evidente que los falladores incurren en razonamientos que se contradicen entre sí, puesto que, por una parte, declaran que las causas de pedir entre ambas causas son distintas, aseverando que el daño moral impetrado por la demandante Eliana Isabel Largo Vera no se contrapone a lo que le benefició con anterioridad. No obstante, lo anterior, acto seguido, justifican la disminución del monto indemnizatorio a otorgar a la demandante en la suma obtenida por el aludido error identificatorio, argumentando para ello que ambas reparaciones provienen

38 Sentencia Corte Suprema rol 3155-2000, del 30 de octubre de 2001.

de compensaciones pecuniarias derivadas de un mismo hecho, esto es, el crimen cometido en perjuicio de Luis Alejandro Largo Vera.

En estas condiciones, no se entiende de qué manera los falladores han arribado a la decisión reproducida más arriba. Esto pues a la vez que dejan establecido explícitamente que la indemnización obtenida del Fisco de Chile —por la falta de servicio en que incurrió el Servicio Médico Legal— y lo que se pretende obtener en estos autos, no se contraponen; deciden a renglón seguido considerar la suma anteriormente percibida al momento de regular el monto indemnizatorio. En efecto, si se establece que las causas de pedir entre la reparación del daño moral sufrido por la demandante derivada de un crimen de lesa humanidad (perpetrado en la persona de su hermano) y por el error en la identificación de sus restos; son diversas, un razonamiento coherente y armónico impide considerar ésta última para rebajar el quantum indemnizatorio.

Efectivamente, la sentencia que posee razones incompatibles, si bien cumple «formalmente» con contar con una fundamentación, en realidad esta solo es aparente, pues en tales circunstancias no es posible determinar cuál es la razón fáctica y/o jurídica de la decisión. Lo anterior obsta para satisfacer el derecho de las partes a una sentencia motivada, contradicción que igualmente les impedirá ejercer su derecho a recurrir.

Cabe señalar que este vicio se ha presentado también en sentencias de segunda instancia, que confirman la decisión de primer grado, pero agregando consideraciones incompatibles con las de esta última,³⁹ e igualmente en sentencias de alzada que, pese a revocar el fallo del *a quo*, conservan considerandos o motivos de este que resultan incompatibles con la decisión revocatoria.⁴⁰

Haber sido dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que esta se haya alegado oportunamente en el juicio (artículo 768 número 6 CPC)

El derecho a la cosa juzgada integra el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales como parte, a su vez, del derecho a la tutela judicial, y consiste, según García y Contreras (2013: 250) en el «derecho a que los efectos del proceso se traduzcan en una verdad jurídica indis-

39 Véase sentencia Corte Suprema rol 3155-2000, del 30 de octubre de 2001.

40 Al respecto, ver sentencia Corte Suprema rol 442-2008, del 5 de agosto de 2009.

cutible e inamovible resolviendo, definitivamente, el conflicto jurídico planteado».

La institución de la cosa juzgada es una piedra angular en el sistema procesal con el objeto de darle eficacia a las sentencias dictadas por los tribunales de justicia, las cuales adquieren esta autoridad una vez que se encuentren firmes o ejecutoriadas.⁴¹

Una sentencia que se pronuncia sobre un litigio en el que se presenta la triple identidad reglada en el artículo 177 del CPC es una sentencia contraria a la razón y justicia pues busca revivir una discusión ya zanjada, ajustándose al procedimiento previsto para ello. Dice Bordalí (2011: 333) que la única manera como se puede hacer cesar el efecto de la cosa juzgada es mediante los procedimientos de revisión.

Sin embargo, la Corte Suprema ha decidido que, no obstante presentarse esta triple identidad,⁴² la cosa juzgada no constituye óbice para volver a demandar la indemnización del daño moral causado en violaciones a los derechos humanos por parte de agentes estatales, cuando la acción anterior fue rechazada por sentencia firme y ejecutoriada que declara la prescripción de la acción civil. Afirma el fallo que prima el cumplimiento de los deberes de reparación impuestos por tratados internacionales frente a esa clase de crímenes, con lo que en estos casos al parecer solo reconoce una cosa juzgada formal y no material.⁴³

Así se resolvió en sentencia de la Corte Suprema rol 149250-2020, de 14 de junio de 2022:

44) Que es un principio general de derecho internacional, el que los Estados se obligan a cumplir los tratados de buena fe. Por lo que el Estado no puede descansar en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones internacionales, porque se lo impide su legislación interna (artículo 27

41 Sentencia Tribunal Constitucional rol 3005, de 22 de noviembre de 2016.

42 A juicio de Núñez y Pérez (2014: 253) «es imposible encontrar triple identidad», y agregan que «tanto es así que la jurisprudencia admite que es posible acreditar la relación de conexidad-relación de alguno de los dos elementos de la acción, siendo uno las partes».

43 Como explican Núñez y Pérez (2014: 252), ambas tienen en común que se trata de una resolución firme y ejecutoriada, sin embargo, en la cosa juzgada formal estamos frente a una resolución firme o ejecutoriada irrecurrible o inimpugnabile en el proceso en el cual se dictó, pero que sí podría impugnarse a través de otro juicio declarativo. En la cosa juzgada material, en cambio, es indiscutible, lo que se decidió no puede ser recurrido o discutido en el mismo proceso ni rediscutido en un proceso diferente. La cosa juzgada material es la cosa juzgada en sentido estricto.

de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados), dado que tiene que observar las disposiciones del tratado en toda su integridad. Máxime si el tratado a aplicar ha recibido toda la fuerza legal interna al haber sido ratificado y haber cumplido todos los trámites establecidos en el ordenamiento para su promulgación vigente.

45) Que la importancia de los razonamientos efectuados es que permiten aseverar que, al aplicar el control de convencionalidad, sin ningún género de dudas, se constata la irrelevancia de cualquier excepción de cosa juzgada en relación con la acción civil que pretende la reparación íntegra de los daños y perjuicios derivados de la ejecución de esta categoría de ilícitos, por no respetar las disposiciones imperativas inherentes al derecho internacional de los derechos humanos.

46) Que todo lo que se lleva reflexionado evidencia el error de derecho en que incurre la sentencia en examen, pues hace primar lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil sobre la normativa internacional examinada que impone al Estado de Chile el deber de reparar íntegramente las graves violaciones a los derechos humanos que demandan los familiares de las víctimas y cuya existencia no ha sido controvertida. Ese yerro ha tenido influencia en lo dispositivo del fallo pues impidió pronunciarse al tribunal sobre las demandas deducidas contra el Fisco de Chile y, por consiguiente, establecer la responsabilidad extracontractual de este por las acciones y omisiones de sus agentes establecidas en el fallo en examen.

47) Que, en síntesis, no se desconoce aquí la validez y legalidad de los fallos anteriores, incluso dictados por esta propia Corte que declaran la prescripción de la acción indemnizatoria contra el Estado de Chile, sino solo se reconoce que la excepción de cosa juzgada derivada de esos pronunciamientos consagrada en el citado artículo 177, norma interna de carácter meramente legal, debe ceder ante el derecho a una reparación integral derivado de los tratados internacionales en materia de derechos humanos ya referidos, que por disposición del inciso segundo del artículo 5 de nuestra Carta Fundamental tienen una jerarquía superior.

48) Que entonces, se hará lugar al recurso de casación en el fondo deducido por el abogado Nelson Caucoto contra la parte civil del fallo en estudio que acoge la excepción de cosa juzgada opuesta por el Fisco de Chile, anulándose la sentencia y dictándose una de reemplazo que desestime dicha excepción y acoja las respectivas acciones indemnizatorias.



En contener decisiones contradictorias (artículo 768 número 7 CPC)

Dice Casarino (1997: 308) que las decisiones de una sentencia son contradictorias cuando hay oposición entre ellas, de suerte que no pueden cumplirse simultáneamente.⁴⁴

En este escenario no es posible sostener que en verdad se han resuelto las acciones ejercidas o las excepciones opuestas⁴⁵ pues se ha emitido una decisión aparente que no puede ser cumplida y, por tanto, el conflicto jurídico en realidad no ha sido solucionado por el órgano jurisdiccional, con lo que mal puede afirmarse que se haya satisfecho el derecho fundamental a tutela judicial, así como que se esté en presencia de un proceso racional y justo.

En haber sido dada en apelación legalmente declarada desistida (artículo 768 número 8 CPC)

Si la apelación ha sido declarada desistida importa que la segunda instancia ha terminado y, consiguientemente, ha perdido competencia la Corte para pronunciarse sobre la apelación. De ese modo, de resolver igualmente la Corte el recurso desistido, no solo irá contra la voluntad del recurrente que se desiste, actuando de oficio en contradicción al principio de pasividad, sino que, como se dijo, actuará fuera de su competencia lo que implica una clara vulneración al derecho al debido proceso.

44 En sentencia Corte Suprema, rol 11673-2021, de 16 de diciembre de 2022, se explica que para que esta causal se presente «debe existir, a lo menos, más de una decisión respecto al fondo de lo que debía resolverse en el fallo recurrido; la contradicción que se invoque debe existir en su parte resolutive y no en sus fundamentos, a menos que se trate de considerandos decisorios o resolutivos; y tales decisiones deben pugnar entre sí al punto de no ser posible su cumplimiento simultaneo, debido a que el cumplimiento de la una se opone a la resolución librada en la otra».

45 Hay consenso en que para que se configure este vicio deben haberse hecho valer dos o más acciones o dos o más excepciones, pues si la cuestión controvertida es una sola, mal puede hablarse de pluralidad de decisiones y de contradicción entre ellas. Por todos, Casarino (1997: 308).



Haberse faltado a algún trámite o diligencia declarados esenciales por la ley o a cualquier otro requisito por cuyo defecto las leyes prevengan expresamente que hay nulidad (artículo 786 número 9 CPC)

Si la Constitución ha señalado en el inciso sexto de su artículo 19 número 3 que corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, y el legislador ha estimado que determinados trámites o diligencias son esenciales en el juicio o que la omisión de ciertos requisitos ocasiona su nulidad, no puede sino entenderse que cumplir con tales trámites, diligencias o requisitos es necesario para la racionalidad y justicia del proceso. Esto es, para el respeto del debido proceso.

Sin embargo, aunque un trámite o diligencia puedan estimarse como indispensables para la racionalidad y justicia del procedimiento, dice Casarino (1997: 310) que, si la ley no lo ha elevado a la categoría de esencial, su omisión no autoriza interponer recurso de casación en la forma, lo que conlleva que queden fuera de esta sanción de nulidad y, por ende, sin enmienda.

Revisemos brevemente algunos de los trámites o diligencias esenciales en la primera o en la única instancia —en los juicios de mayor o de menor cuantía— que consigna el artículo 795 del CPC:

a) El emplazamiento de las partes en la forma prescrita por la ley (artículo 795 número 1 del CPC)

El derecho al debido emplazamiento, componente del debido proceso, es el derecho adjetivo a ser notificado de que se es parte en un procedimiento legalmente preestablecido y que constituye un ritual que da cuenta de la regularidad del proceso específico de que trate. Para García y Contreras (2013: 265) es una consecuencia del reconocimiento de la bilateralidad de la audiencia.

Maturana (2015: 506) sostiene que el emplazamiento en primera o única instancia comprende la notificación válida y en forma legal de la demanda y el transcurso del plazo señalado en la ley para contestar.

El emplazamiento es la forma de dar vigencia al principio de bilateralidad de la audiencia y al derecho a ser oído (Casarino, 1997: 321-313) pues resulta una condición inexcusable para que la parte pueda participar del procedimiento y ejercer sus derechos en este, tanto en primera como en segunda instancia.



La bilateralidad de la audiencia apunta a que el demandado tenga oportunidad real de controvertir en juicio. Para esto debe conocer aquello que se le imputa y tiene que acceder a su conocimiento oportunamente, con certeza suficiente acerca de la fecha en que se produjo el emplazamiento pues, desde ahí y usualmente con carácter fatal podrá ejercer sus propias alegaciones y defensas.⁴⁶

En ese orden, la notificación debida constituye un trámite esencial de todo procedimiento racional y justo. Por esto es indispensable que se realice correctamente de tal manera que brinde certeza suficiente de que se ha trabado realmente la *litis*.⁴⁷ Para ello es indispensable, constitucionalmente, que los preceptos que regulan las notificaciones contengan una densidad normativa que en la práctica permita, en términos plausibles, que el afectado con dicha resolución o diligencia tenga efectiva posibilidad de tomar conocimiento de ella.⁴⁸

La notificación de la demanda está cuidadosamente regulada en la ley para cumplir dichos objetivos, pero ello no obsta a que el legislador regule esa actuación de manera diferente según las especificidades de determinados procedimientos.

En efecto, se ha resuelto que la notificación de una demanda tiene como objetivo poner en conocimiento del demandado la existencia de una acción en su contra, siendo de competencia del legislador establecer el modo de hacerlo pues la Constitución, por cierto, no contiene reglas específicas sobre el particular. En ejercicio de su competencia, el legislador podrá, entonces, fijar el modo de notificar a una persona de una demanda, para lo cual es aceptable que tenga en cuenta la naturaleza del conflicto que ha dado origen a ella y los datos relativos a la persona a quien se busca notificar.⁴⁹

Determinar si una particular forma de notificación satisface el estándar constitucional del derecho al debido proceso debe examinarse,

46 Sentencia Tribunal Constitucional 5369, de 8 de octubre de 2019. De manera similar, sentencia Tribunal Constitucional 3969, de 21 de noviembre de 2018; sentencia Tribunal Constitucional 5516, de 8 de octubre de 2019 y sentencia Tribunal Constitucional 5820, de 8 de octubre de 2019.

47 Sentencia Tribunal Constitucional 3969, de 21 de noviembre de 2018.

48 Sentencia Tribunal Constitucional 6611, de 12 de noviembre de 2019.

49 Sentencia Tribunal Constitucional 1368-09, de 18 de mayo de 2010. También, sentencia Tribunal Constitucional 2986, de 14 de marzo de 2017; sentencia Tribunal Constitucional 3969, de 21 de noviembre de 2018 y sentencia Tribunal Constitucional 6611, de 12 de noviembre de 2019.



necesariamente, a la luz de dos tipos de elementos: a) la naturaleza del proceso de que se trate y b) la persona a quien se pretende poner en conocimiento de la respectiva resolución.⁵⁰

En el contexto de un procedimiento ejecutivo, por ejemplo, constituyen elementos esenciales del debido proceso el que este prevea un debido emplazamiento, aunque sea bajo notificación judicial simple y en plazo corto.⁵¹

En materia de arrendamiento de bienes raíces urbanos se ha resuelto que la norma que dispone una forma especial de notificación al demandado no impide que el arrendatario tenga un oportuno conocimiento de la acción y pueda, consiguientemente, hacer uso de los medios de defensa que estime conducentes al resguardo de sus intereses porque la fórmula de notificación utilizada es apropiada a su condición. Tratándose de una acción que se dirige contra el arrendatario de un predio urbano que tiene una ubicación y dirección precisa y que, como consecuencia del contrato celebrado, se le entrega para que lo goce; no es algo antojadizo presumir que aquél tendrá su domicilio en el inmueble arrendado, lugar que resulta entonces idóneo para darle a conocer la existencia de una acción judicial derivada de dicho contrato y que se dirige en su contra.⁵²

Excepciones al principio de bilateralidad se justifican por la necesidad urgente de adoptar ciertas providencias cuya dilación acarrearía grave perjuicio, como ocurre en los procedimientos de constitución de una propiedad minera, supuestos en que el Tribunal Constitucional ha decidido que la resolución de plano no vulnera el debido proceso.⁵³

50 Sentencia Tribunal Constitucional 2371, de 4 de noviembre de 2014; sentencia Tribunal Constitucional 2372, de 4 de noviembre de 2014 y sentencia Tribunal Constitucional 3013, de 18 de mayo de 2017

51 Sentencia Tribunal Constitucional 2701, de 1 de septiembre de 2015 y sentencia Tribunal Constitucional 3470, de 18 de octubre de 2018.

52 Sentencia Tribunal Constitucional 1368, de 18 de mayo de 2010 y sentencia Tribunal Constitucional 2986, de 14 de marzo de 2017. La sentencia Tribunal Constitucional 2888, de 21 de julio de 2016, declara que la notificación por cédula que la Ley de Copropiedad Inmobiliaria requiere en los juicios de cobro de gastos comunes se halla establecida sobre la base de una presunción, en cuanto a que se supone que allí vive o mora el dueño del departamento respectivo, pero esta, en caso alguno impide al sujeto supuestamente agraviado probar lo contrario, prueba que corresponde ponderar al juez del fondo.

53 Sentencia Tribunal Constitucional 1994, de 26 de abril de 2012. En el mismo sentido, sentencia Tribunal Constitucional 2053, de 14 de junio de 2012 y sentencia Tribunal Constitucional 2166, de 14 de enero de 2013. Descarta esa urgencia comen-



Asimismo, en ciertos casos excepcionales, la unilateralidad de la audiencia puede ser admitida sin violar el debido proceso, siempre que con posterioridad el procedimiento le garantice al deudor su derecho a la defensa.⁵⁴

En definitiva, si la parte fue oída, planteó alegaciones y defensas y tuvo la posibilidad de interponer recursos, entonces no fueron conculcadas sus garantías constitucionales.⁵⁵

b) El recibimiento de la causa a prueba cuando proceda con arreglo a la ley; la práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión; la agregación de los instrumentos presentados oportunamente por las partes, con citación o bajo el apercibimiento legal que corresponda respecto de aquella contra la cual se presentan;⁵⁶ y, la citación para alguna diligencia de prueba⁵⁷ (artículo 795 números 3 a 6 del CPC).

Para Núñez y Pérez (2014: 103) el derecho a la prueba encuentra fundamento tanto en el derecho a defensa como en el debido proceso, ambas garantías reconocidas en el artículo 19 número 3 de la Constitución.⁵⁸

Los mismos autores (2014: 104 y 105) señalan como manifestaciones concretas del derecho a la prueba:

- a) La causa debe ser recibida a prueba.
- b) La existencia de un término probatorio.

tada arriba la sentencia Tribunal Constitucional 349, de 30 de abril de 2002, cuando los registros y antecedentes de una cuenta corriente bancaria se mantienen en el tiempo, bajo custodia y responsabilidad de un tercero que es, a su vez, fiscalizado por la autoridad

54 Sentencia Tribunal Constitucional 1414, de 14 de septiembre de 2010 y sentencia Tribunal Constitucional 2723, de 3 de septiembre de 2015.

55 Sentencia Tribunal Constitucional 1314, de 24 de septiembre de 2009.

56 Maturana (2015: 509) explica que este trámite esencial comprende dos requisitos: a) que los instrumentos acompañados se hayan agregado materialmente al proceso, salvo en los casos que por su naturaleza o que por resolución fundada del tribunal se resuelva mantenerlos fuera del proceso, y b) que se haya concedido la citación o apercibimiento legal correspondiente respecto de la parte contra quien se presenta.

57 Según Espinoza (1980: 153) procederá el recurso de casación en la forma si se practica una diligencia probatoria sin que el tribunal haya dictado una resolución que así lo ordene, o sin que esta resolución se notifique a las partes, o sin esperar que transcurran los tres días del término de citación.

58 Para García y Contreras (2013: 267), el derecho a una adecuada defensa implica la aptitud procesal de presentar pruebas y tener derecho a impugnar aquellas que vulneren las pretensiones y derechos que se hagan valer.



- c) La posibilidad de proponer válidamente todas las fuentes de prueba de que dispongan las partes.
- d) La prueba admitida debe poder ser practicada.
- e) La intervención directa de las partes en la práctica de la prueba.
- f) La prueba practicada debe ser valorada por el tribunal.

Sobre este derecho el Tribunal Constitucional ha entregado las siguientes directrices:

- La garantía constitucional de un proceso racional y justo obliga al juez a velar por la vigencia tanto del derecho a la libre producción de la prueba como del derecho al examen y objeción de la prueba rendida. La existencia de deberes impuestos por la ley al juez no puede ser óbice para el cumplimiento de su deber de asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de ambas partes, por lo que ha de buscar la mejor manera de hacer efectiva ambas garantías, en lo posible, sin menoscabo significativo para ninguna de ellas.⁵⁹
- Un justo y racional procedimiento contemplado por la Constitución incluye el derecho de las partes a presentar pruebas, el cual solo se verifica cuando ella es pertinente o necesaria para el concreto tipo o especie de juicio que se verifica en un caso determinado. Así ha resuelto el Tribunal Constitucional que, para poder declarar inaplicable un precepto legal, por impedir este la producción de la prueba en un caso determinado es necesario que se den argumentos suficientes de que, en el proceso respectivo, la prueba resulta pertinente; esto es, que había hechos controvertidos y sustanciales para la resolución del asunto.⁶⁰
- En todo proceso la prueba es un derecho de la persona, sea parte, interviniente o solicitante, con el propósito de desvirtuar los hechos que se le atribuyen, como un elemento esencial del racional y justo procedimiento, por lo que no contemplar una etapa probatoria dentro del proceso resulta contrario a un procedimiento de la

⁵⁹ Sentencia Tribunal Constitucional 2656, de 9 de julio de 2014 y sentencia Tribunal Constitucional 2657, de 9 de julio de 2014.

⁶⁰ Sentencia Tribunal Constitucional 596, de 12 de julio de 2007. También sentencia Tribunal Constitucional 2748, de 29 de octubre de 2015; sentencia Tribunal Constitucional 2805, de 24 de diciembre de 2015 y sentencia Tribunal Constitucional 3197, de 11 de julio de 2017.



naturaleza que establece la Carta Fundamental y, en consecuencia, es también contrario al debido proceso en los términos garantizados por la Constitución Política.⁶¹

- El principio del contradictorio es una de las bases esenciales del debido proceso. Este consiste fundamentalmente en el derecho de las partes a intervenir en condiciones de igualdad sobre las materias objeto de decisión y en que la prueba pueda ser examinada y discutida por los antagonistas. Las partes deben estar facultadas para buscar desde sus posiciones las fuentes de prueba y deben poder intervenir en la formación de las pruebas constituidas durante el juicio.⁶²

Casación en la forma de oficio

El artículo 775 del CPC constituye una herramienta para que los tribunales superiores —Cortes de Apelaciones y Corte Suprema— puedan de oficio corregir los vicios del procedimiento y/o del fallo dictado por el *a quo*, que como hemos visto, no son más que específicas infracciones al debido proceso.

Se ha explicado que la casación en la forma de oficio demuestra que la observancia de las leyes procesales no interesa únicamente a las partes litigantes, sino igualmente a la sociedad en general, de suerte que su infracción, aun cuando no sea reclamada u observada por aquellas, puede ser sancionada de propia iniciativa por los tribunales mediante la invalidación de las sentencias que han sido pronunciadas sin atenerse a las normas señaladas por el legislador (Casarino, 1997: 355).

La doctrina ha estimado que la casación de oficio constituye una «mera facultad» del tribunal superior jerárquico concedida por la ley y no una imposición (Maturana, 2015: 580).

Aun cuando el artículo 775 señala que los tribunales «pueden» invalidar de oficio la sentencia en los supuestos que indica, creemos que tratándose de vicios que constituyan claras infracciones al debido pro-

⁶¹ Sentencia Tribunal Constitucional 2743, de 4 de marzo de 2016. Asimismo, sentencia Tribunal Constitucional 2791, de 3 de marzo de 2016; sentencia Tribunal Constitucional 3119, de 20 de abril de 2017 y sentencia Tribunal Constitucional 4572, de 13 de junio de 2019.

⁶² Sentencia Tribunal Constitucional rol 1718, de 14 de junio de 2011 y sentencia Tribunal Constitucional 2921 de 13 de octubre de 2016



ceso y, por ende, vulneraciones a un derecho fundamental, resulta obligatorio para dichos tribunales proceder a la invalidación oficiosa si es la única vía para asegurar o enmendar una vulneración. Ese deber viene impuesto por el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución.

De otra manera, cabe preguntarse entonces cómo dirimirían los tribunales cuándo casar de oficio y cuándo no hacerlo en aquellos casos en que el tribunal superior advierta la clara existencia de un vicio de casación no alegado por la parte agraviada, que únicamente es reparable por la anulación del fallo y que tiene influencia en lo dispositivo de este. Ni la doctrina ni la jurisprudencia han respondido esta interrogante dejando, al parecer, al mero capricho o azar la definición de aquellos vicios que deben ser enmendados de oficio y de aquellos que deben ser dejados subsistentes con el consiguiente perjuicio para la parte agraviada. Respuesta del todo incompatible con el respeto y promoción del derecho al debido proceso, sobre todo si se afirma (Casarino, 1997: 356) que la casación en la forma de oficio «está por encima del interés personal y privado de las partes litigantes», pues su finalidad «es velar por los intereses supremos de la sociedad y de la ley».

Vulneraciones al debido proceso no comprendidas
en las causales del recurso de casación en la forma

Pensemos en todos aquellos procedimientos en que el patrocinio y representación de un abogado es exigido a la parte, sea demandante o demandada, que no cuenta con los medios para contratar ese servicio. En ellos podríamos estimar que se afecta su derecho a la tutela judicial (efectiva), en particular el derecho a la acción y el derecho de acceso a la jurisdicción, así como su derecho al debido proceso, específicamente a la defensa jurídica y asistencia letrada.⁶³ El inciso tercero del artículo 19 número 3 de la CPR delega en la ley arbitrar los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos, pero es sabido que las corporaciones de asistencia judicial —organismo a quien la ley encomienda esa tarea— mediante sus abogados y postulantes, no permiten asegurar adecuadamente el ejercicio de estos derechos, sin que se contemple un remedio procesal efectivo

63 Se sigue en esta parte la propuesta de distinción entre la tutela judicial y el debido proceso elaborada por García y Contreras (2013: 238).



cuando se constate dicha indefensión, a diferencia de lo previsto en sede penal.

Con todo, a quien afirme la titularidad de un derecho subjetivo o interés legítimo y que requiera amparo jurisdiccional para ellos, la ley puede exigirle que realice trámites previos como agotar las vías administrativas, un intento de mediación o conciliación antes de recurrir a la jurisdicción o inclusive el pago de una proporción de la multa aplicada por la administración, siempre y cuando todo ello sea razonable y no comporte un impedimento de acceso a la justicia ni retrase injustificadamente la petición de tutela judicial (Bordalí, 2011: 330).

Como ya fue comentado, en vista del carácter extraordinario y de derecho estricto del recurso de casación en la forma, según Maturana (2015: 388 y 389) este procede solo en contra de algunas resoluciones, señaladas en el artículo 766 del CPC, y por las causales previstas expresamente en el artículo 768 de dicho código. Ello importa que algunas infracciones al debido proceso que no se manifiesten en una resolución de aquellas susceptibles de casación en la forma o que no sean de aquellas en que consisten las causales de casación en la forma, no podrán ser enmendadas por esta vía, sin perjuicio de la posibilidad de corregirlas por alguna de las otras ya estudiadas como el incidente de nulidad, o el recurso de apelación.

Pero las restricciones del recurso de casación en la forma —para erigirse en un medio eficaz de protección al debido proceso— se ven todavía más desmejoradas si se apunta que el mismo artículo 768 limita la procedencia de alguna de sus causales (las indicadas en los números 1, 2, 3, 4, 6, 7 y 8 y también en el número 5 cuando se haya omitido en la sentencia la decisión del asunto controvertido) en los procedimientos a que se refiere el inciso segundo del artículo 766 del CPC, esto es, en los juicios o reclamaciones regidos por leyes especiales.

Esta restricción implica que la omisión de las consideraciones de hecho y derecho en las sentencias dictadas en procedimientos regidos por leyes especiales y, por ende, el cumplimiento del derecho a una sentencia fundada, como parte del debido proceso, no podrá ser reclamado mediante este recurso ni ningún otro de cometerse esa omisión por el fallo de segunda instancia.⁶⁴

64 Así lo ha resuelto el máximo tribunal declarando inadmisibles los recursos de casación en la forma sustentados en la causal del número 5 del artículo 768, en



Al respecto el Tribunal Constitucional ha dicho que la restricción para los juicios regidos por leyes especiales para deducir casación en la forma —por carecer la sentencia de consideraciones de hecho o de derecho— no advierte una finalidad intrínsecamente legítima, ni razonable, ni un fundamento racional, como tampoco se divisa la razón para privar al litigante de un juicio determinado del mismo derecho que le asiste a cualquier otro en la generalidad de los asuntos.⁶⁵

Recurso de casación en el fondo. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable

La Corte Suprema había sostenido la improcedencia del arbitrio de casación en el fondo cuando la norma decisoria de la litis, cuya aplicación se denuncia como errónea, corresponde a una norma constitucional. Así en sentencia de la Corte Suprema rol 27783-2014, de 23 de diciembre de 2015, dice que «en lo que atañe a denuncias por infracción a normas de rango constitucional, por regla general resulta improcedente fundar una casación en el fondo en este tipo de disposiciones, toda vez que por ellas se establecen principios o garantías de orden genérico, que normalmente tienen su desarrollo en preceptos legales».⁶⁶

Ese criterio es abandonado en los casos que se comentarán a continuación en los que, conociendo un recurso de casación en el fondo, se pronuncia sobre la infracción de disposiciones constitucionales que reconocen garantías fundamentales; giro jurisprudencial acertado desde que esas disposiciones quedan dentro del concepto de norma objeto del arbitrio en análisis, como lo han propugnado diversos autores.⁶⁷

relación al artículo 170 número 4 del CPC, en procedimientos regidos por el Código Tributario, como en sentencia Corte Suprema rol 7557-2015, de 14 de julio de 2015 y sentencia Corte Suprema rol 27776-2019, de 2 de enero de 2020.

65 Sentencia Tribunal Constitucional 1373, de 23 de junio de 2010. También sentencia Tribunal Constitucional 4397, de 30 de octubre de 2018; sentencia Tribunal Constitucional 4398, de 13 de noviembre de 2018 y sentencia Tribunal Constitucional 4989, de 28 de noviembre de 2018.

66 Del mismo modo, en Sentencia Corte Suprema rol 1917-2006, de 5 de septiembre de 2006; sentencia Corte Suprema rol 2676-2011, de 10 de junio de 2011; sentencia Corte Suprema rol 6879-2013, de 21 de julio de 2014 y sentencia Corte Suprema rol 26905-2015, de 28 de noviembre de 2016. Citan fallos anteriores Romero, Aguirrezabal y Baraona (2008: 237 nota 23).

67 Romero, Aguirrezabal y Baraona (2008: 237) sumariando también las opiniones de Casarino y Tavolari.

Lo anterior posibilita que el recurso de casación en el fondo se erija como un remedio adicional para controlar que la interpretación y aplicación de las leyes de inferior jerarquía se realice sin contradicción a las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales. Incluyendo entre estos los derechos consagrados en tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentren vigentes, de conformidad al inciso segundo del artículo 5 de la CPR.

Empero, y al igual como se comentó respecto del recurso de casación en la forma, el carácter extraordinario y de derecho estricto atribuido al recurso de casación en el fondo lleva al máximo tribunal a levantar también estrictas exigencias formales que limitan su operatividad como medio de enmienda de afectaciones al debido proceso. Por ejemplo, en sentencia rol 136262-2022, de 23 de diciembre de 2022, el recurrente arguye que el fallo impugnado comete error de derecho al rechazar la excepción de incompetencia respecto del tribunal que sustanció el procedimiento ejecutivo sobre desposeimiento, pues la prórroga de competencia estipulada en el contrato de mutuo hipotecario no le es oponible al tercero poseedor del inmueble y, además, manifiesta que se vulnera el debido proceso. Este recurso es declarado inadmisibile porque:

Versando la contienda sobre la procedencia de la excepción de incompetencia, la exigencia consignada en el motivo anterior [artículo 772 número 1 del CPC] obligaba al impugnante a explicar los contenidos jurídicos del instituto que se hizo valer en juicio, esto es el artículo 464 número 1 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, el recurrente no cita ni analiza dicha norma y tampoco expone los motivos por los cuales en su opinión el tribunal infringió dicho precepto legal al dictar su sentencia. Que, en este orden de ideas, en el recurso intentado no se analizan como infringida una de las normas que tiene el carácter decisorio litis, cuya invalidación intenta el recurrente y, al no hacerlo, el arbitrio adolece de un vacío que la Corte no puede subsanar dado el carácter de derecho estricto que reviste el recurso intentado». ⁶⁸

68 Asimismo, en sentencia Corte Suprema rol 135481-2022, de 15 de diciembre de 2022, se declara inadmisibile el recurso de casación en el fondo en el que se denuncia la infracción a las normas reguladoras de la prueba, y la afectación del debido proceso, al valorar la sentencia definitiva medios de prueba que no fueron rendidos durante el término probatorio, porque «versando la contienda sobre una acción de precario, la exigencia consignada en el motivo anterior [artículo 772 número 1 del CPC] obligaba al impugnante a explicar los contenidos jurídicos del instituto que se



No obstante, la Corte se ha pronunciado por medio de este recurso sobre la aplicación de normas de orden adjetivo que constituirían en parecer del recurrente infracciones del debido proceso, aun cuando muchas veces para finalmente desestimar la infracción alegada en el arbitrio, como en sentencia de la Corte Suprema rol 137706-2022, de 21 de diciembre de 2022, respecto de los artículos 152, 153 y 458 del CPC, en la que niega que la sentencia impugnada haya cometido error de derecho al acoger el abandono del procedimiento en un juicio ejecutivo.⁶⁹

hizo valer en juicio, esto es el artículo 2195 del Código Civil. Sin embargo, el recurrente no cita ni analiza dicha norma y tampoco expone los motivos por los cuales en su opinión el tribunal infringió dicho precepto legal al dictar su sentencia».

69 En Sentencia Corte Suprema rol número 38.439-2021, de 9 de diciembre de 2022, se rechaza también el recurso de casación en el fondo contra la sentencia que acoge el incidente de abandono de procedimiento promovido por la demandada, con el voto en contra del ministro Valderrama, quien estuvo por acoger ese arbitrio, porque «habiéndose pronunciado la sentencia definitiva de primera instancia con fecha 25 de agosto de 2020 y deducido el incidente de abandono del procedimiento el 1 de marzo de 2021, ambos durante la vigencia del estado de excepción constitucional, la notificación del fallo a las partes debe calificarse como una actuación judicial cuya realización puede causar indefensión a las partes, a consecuencia de las restricciones impuestas por la autoridad en el marco del estado de excepción constitucional referido, o en razón de las consecuencias provocadas por la emergencia sanitaria ocasionada por la enfermedad covid-19 (la cursiva es nuestra). Tercero: Que de este modo, si la sanción al litigante negligente solo puede prosperar si aquél ha cesado en la actividad que le corresponde, propia del impulso procesal que le es exigible, por el plazo que la ley estatuye, contabilizado de la forma que la misma señala, forzoso resulta concluir que ello no acontece en la especie, ya que la diligencia de notificación de la sentencia debe entenderse postergada para una fecha posterior al cese del estado de excepción constitucional, no cumpliéndose en consecuencia los requisitos legales para decretar el abandono, y al no entenderlo así los jueces del mérito incurrieron en los yerros denunciados en el recurso que además influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, puesto que los llevó a acoger el incidente que debió ser desestimado, lo que determina que el recurso de nulidad deba ser acogido». También sobre esta temática e igualmente rechazando el recurso, véase sentencia Corte Suprema rol 67067-2022, de 6 de diciembre de 2022 y sentencia Corte Suprema rol 67068-2022, de 6 de diciembre de 2022. Sobre abandono de procedimiento en el procedimiento de cobro ejecutivo de obligaciones tributarias, sentencia Corte Suprema rol 23367-2018, de 9 de septiembre de 2019, reconoce la vigencia del debido proceso en este procedimiento. En sentencia Corte Suprema rol 2971-2018, de 30 de junio de 2020, se desestima una transgresión al debido proceso que impidiera una debida defensa en sede administrativa, y en sentencia Corte Suprema rol 11412-2022, de 22 de diciembre de 2022, no se hace lugar a la denuncia de que se «le ha privado del derecho a ser oída, toda vez que no hay fundamento razonable para considerar que los agravios se vinculan con afectaciones al debido proceso».



De manera paradigmática mediante el recurso de casación en el fondo la Corte ha remediado infracciones notorias al derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se define según Nogueira (2007: 100) como el «derecho que tiene toda persona a que su causa sea resuelta dentro de un tiempo razonable y sin dilaciones indebidas», derecho que tiene una fuente constitucional indirecta en el artículo 19 número 3, inciso segundo, de la CPR, puesto que una vez que el proceso ha sido iniciado y se ejercitan los derechos de defensa correspondientes, en la forma que la ley señale, a partir de ese momento, «ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado» (García y Contreras, 2013: 253), sin perjuicio que esta garantía sí se halla consagrada expresamente en los artículos 14.3 letra c) del PIDCP y 8.1 de la CADH.⁷⁰

En ese orden, la Corte Suprema ha considerado las normas de la CADH como normas sustantivas *decisoria litis* cuya errónea aplicación, o falta de aplicación, puede ser corregida mediante el recurso de casación en el fondo. Así lo ha declarado en fallos dictados en el marco de un procedimiento general de reclamación tributaria que regula el Título 2 del Libro IV del Código Tributario.

En las sentencias de la Corte Suprema rol 5165-2013, de 14 de abril de 2014 y rol 13387-2014, de 18 de mayo de 2015, la Corte sostuvo que el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o

⁷⁰ Una síntesis de la jurisprudencia de la CIDH sobre el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y los aspectos considerandos para sus decisiones, en CIDH (s.f.: 117 y ss.). En sentencia Tribunal Constitucional rol 3338, de 20 de marzo de 2018, se ha resuelto que un proceso judicial no puede continuar indefinidamente y carente de límites sin afectar la eficacia y el prestigio de la administración de justicia, así como el derecho al juzgamiento dentro de un plazo razonable, mientras que en sentencia Tribunal Constitucional rol 5669, de 28 de noviembre de 2019 explica que se trata de un derecho sostenido doblemente en los conceptos indeterminados de «razonable» e «indebidas». Agrega que esta garantía es un mandato al legislador en la configuración de los procedimientos judiciales. Es decir, como una obligación constitucional que determina y condiciona la reserva de ley en materia procesal y, por tanto, se trata de un «límite material» a los procedimientos.

de cualquier otro carácter, que consagra el artículo 8 número 1 de la CADH, y que resulta imperativo para los jueces nacionales en virtud del mandato establecido en el inciso segundo del artículo 5 de la CPR, conlleva que en el caso del procedimiento general de reclamación tributaria que regula el Título 2 del Libro IV del Código Tributario, dicho plazo razonable corresponda al de seis años de prescripción extraordinaria que trata el artículo 200, inciso segundo, del Código Tributario.⁷¹

De ese modo, concluye la Corte, que:

Un procedimiento de reclamación que se extiende más allá de un sexenio a partir del reclamo oportunamente interpuesto y cumpliendo los requisitos del artículo 125 del Código Tributario, más aún si le antecede otro intervalo de igual duración correspondiente a la etapa de fiscalización, deviene en una violación de las garantías judiciales del contribuyente que reconoce la referida Convención, por cuanto importa someterlo a una carga que perpetúa la indefinición de su situación fiscal y patrimonial, en una continua vulneración de su derecho a obtener un pronunciamiento jurisdiccional definitivo respecto a su requerimiento, sea este favorable o desfavorable.⁷²

En los fallos examinados la Corte fija dicho plazo máximo para la tramitación del procedimiento de reclamación, con abstracción de los motivos particulares por los cuales la dilación de los mismos se hubiese producido y, de esa manera, para esas decisiones no resulta determinante si la demora es imputable o no al órgano jurisdiccional o al Servicio de Impuestos Internos, ni tampoco considera cuál ha sido la conducta del contribuyente para evitar o acotar tal retraso en la sustanciación del proceso. Sin embargo, el efecto sustantivo de la fijación de tal término no viene dado, según tales pronunciamientos, por la invalidación de las actuaciones procesales posteriores al mismo —pues ello equivaldría que el mismo fallo de la Corte Suprema se vería afectado por esa nulidad—, sino porque a contar de dicho hito temporal se reanuda el cómputo de la prescripción, el que se hallaba suspendido por efecto de la interposición del reclamo conforme a lo dispuesto en los artículos 201, inciso quinto, y vigesimocuarto, inciso segundo del Código Tributario⁷³ y, de esa ma-

71 Sobre los fundamentos para fijar ese plazo, véase Rodríguez (2018: 223-228).

72 Sentencia Corte Suprema rol 5165-2013, de 14 de abril de 2014 y sentencia Corte Suprema rol 13387-2014, de 18 de mayo de 2015.

73 Sentencia Corte Suprema rol 5165-2013, de 14 de abril de 2014 y sentencia Corte Suprema rol 13387-2014, de 18 de mayo de 2015.

nera, ambos fallos acogen la excepción de prescripción opuesta no en el reclamo, sino durante el desarrollo de alguna de las instancias del juicio.

Con posterioridad, aunque la Corte sigue reconociendo que los preceptos de la CADH, como el que contiene la garantía de ser juzgado dentro de un plazo razonable, tienen aplicación directa a través del inciso segundo del artículo 5 de la CPR, niega ahora la fijación de un plazo unívoco para el término del procedimiento general de reclamación. Y afirma que discernir si se vulnera o no el derecho a ser oído en un plazo razonable, en el procedimiento general de reclamación tributaria, debe dilucidarse caso a caso siguiendo los criterios que ha desarrollado la doctrina instaurada por la propia jurisprudencia emanada de los organismos internacionales competentes; esto es, la complejidad del asunto, la diligencia de las autoridades judiciales, y la actividad procesal del interesado.⁷⁴

74 Sentencia Corte Suprema rol 37181-2015, de 29 de noviembre de 2016. Sobre esta temática, ver también sentencia Corte Suprema rol 5165-2013, de 14 de abril de 2014; sentencia Corte Suprema rol 11852-2015, de 6 de diciembre de 2016 y sentencia Corte Suprema rol 41099-2016, de 26 de diciembre de 2016. El Tribunal Constitucional, en sentencia rol 5669, de 28 de noviembre de 2019, igualmente desestima fijar un plazo máximo para la duración del procedimiento, expresando que «la aplicación de un criterio rígido como pudiera ser un plazo máximo, sino por la consideración de algunas variables: a) La complejidad objetiva del asunto; b) la actitud de las partes; c) el interés arriesgado por las mismas; d) la diligencia mostrada por el juez o tribunal; e) los medios de que dispone; f) la duración de procesos similares».

No está de más notar que las disquisiciones generales y de fondo que sobre este asunto ha expresado la Corte Suprema en relación a procedimientos declarativos de reclamación tributaria, por esas mismas características, pueden ser reconducidas, *mutatis mutandis* al procedimiento ejecutivo de cobro de las obligaciones tributarias de dinero regulado en el Título 5 del Libro III del Código Tributario —intercambiable que se observa al comparar los textos de unos y otros fallos—. Acogiendo este reclamo, pueden verse sentencia Corte Suprema rol número 5165-2013, de 14 de abril de 2014; sentencia Corte Suprema rol número 15929-2016, de 10 de enero de 2017; sentencia Corte Suprema rol 36127-2017, de 3 julio de 2018; sentencia Corte Suprema rol 15436-2017, de 22 de octubre de 2018; sentencia Corte Suprema rol 4260-2019, de 12 de diciembre de 2019; sentencia Corte Suprema rol 42448-2017, de 18 de diciembre de 2019 y sentencia Corte Suprema rol 2246-2018, de 6 de febrero de 2020; y, al contrario, desdeñándolo sentencia Corte Suprema rol 16649-2014, de 9 de junio de 2015; sentencia Corte Suprema rol 21647-2014, de 10 de junio de 2015; sentencia Corte Suprema rol 28218-2014, de 9 de septiembre de 2015; sentencia Corte Suprema rol 16644-2014, de 10 de septiembre de 2015; sentencia Corte Suprema rol 25729-2014, de 4 de noviembre de 2015; sentencia Corte Suprema rol 28371-2016, de 20 de septiembre de 2016; sentencia Corte Suprema rol 11852-15, de 6 de diciembre



Prueba ilícita en materia civil

Aun cuando el esclarecimiento de la verdad de los hechos relevantes para la resolución de la controversia constituye un requisito de legitimidad del sistema y una insustituible garantía de justicia procedimental (Pinochet, 2019: 56)⁷⁵ ello no se opone a que esa verdad no puede ser construida de cualquier manera o a cualquier costo, incluso infringiendo derechos fundamentales de las partes o terceros. La persecución de una verdad «histórica» o «material» es ya incompatible con un sistema procesal civil adversarial y dispositivo como el nuestro, en el que lo que se alcanza depende casi exclusivamente de la contribución y actividad de las partes, permitiendo solo arribar a una verdad «formal» o «legal».⁷⁶

Sin embargo, el procedimiento civil nacional no contempla la exclusión o prohibición de valoración de prueba ilícita,⁷⁷ esto es, aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales.⁷⁸

de 2016; sentencia Corte Suprema rol 37597-2015, de 16 de enero de 2017; sentencia Corte Suprema rol 283-2017, de 19 de junio de 2018; sentencia Corte Suprema rol 95128-2016, de 28 de junio de 2018; sentencia Corte Suprema rol 95130-2016, de 7 de agosto de 2018; sentencia Corte Suprema rol 13-2017, de 12 de noviembre de 2018 y sentencia Corte Suprema rol 99964-2016, de 19 de diciembre de 2018.

75 Sobre la garantía constitucional del derecho a la prueba, véase Núñez y Pérez (2014: 102-105), quienes incluyen como manifestación de este derecho la posibilidad de proponer válidamente «todas las fuentes de prueba de que dispongan las partes», explicando que el ordenamiento debe consagrar la posibilidad de que los elementos de prueba puedan ser trasladados al juicio «sin limitaciones», tratándose de un mandato dirigido al legislador, quien «no debiera restringir fuentes de prueba».

76 Sobre estas dos verdades en el proceso civil, véase Pinochet (2019: 60-64).

77 Como explica Jequier (2007: 464) tampoco en Estados Unidos, y entre los llamados sistemas continentales latinos (España, Francia, Portugal e Italia), solo en España existe regulación de la obtención ilícita de la fuente de prueba en el proceso civil, en su artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, cuyo párrafo 1. dispone «Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.

Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oír a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud».

78 Miranda (2010: 135) la diferencia de la prueba irregular, la que sería aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el



La iniciativa en la obtención ilícita de la fuente de prueba en el proceso civil puede provenir de la actividad particular, sin autorización judicial previa, o con tal autorización cuando se restringe o afecta un derecho fundamental.⁷⁹

Respecto de la primera situación enunciada, esto es, la actividad realizada de manera unilateral vulnerando algún derecho fundamental de la otra,⁸⁰ pensemos en la parte que en vez de solicitar la exhibición de un instrumento privado de la contraparte de conformidad al artículo 349 del CPC, ingresa sin autorización a la oficina de esta y registra los muebles hasta encontrar ese documento, y lo presenta como prueba al juicio según el artículo 346 número 3 del CPC. Más allá de las eventuales sanciones penales por dicho ingreso y registro no autorizado, el citado artículo solo permite a la contraparte a quien se sustrajo el documento oponerse a que se tenga reconocido alegando «su falsedad o falta de integridad», mas no la ilicitud de su obtención por quien lo presenta en el juicio.

En nuestro ejemplo, al tratarse de una actuación ajena al proceso o control judicial, no puede ser objeto de nulidad procesal y, estableciendo el legislador el valor que debe darse al instrumento de cumplirse las condiciones enunciadas en el citado artículo 346, el tribunal no tendrá facultades para no valorarlo, negarle o restarle valor, a causa de la infracción acusada. De ese modo, ni siquiera se presenta el vehículo para generar un incidente al que se le dé la tramitación general, que permita abrir un término probatorio para demostrar la infracción, decisión que una vez firme, con posterioridad justificará negar valor a la evidencia en cuestión en la sentencia definitiva.

En la causa resuelta en sentencia de la Corte Suprema rol 7583-2015, de 28 de julio de 2015, el recurso de casación en el fondo se fundó en la infracción del artículo 1545 del CC, al no sujetarse el fallo impugnado

procedimiento probatorio, pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales.

79 Se sigue en esta parte a Jequier (2007: 465), en el estudio de la prueba ilícita en el sistema procesal civil español.

80 Jequier (2007: 465) entrega como ejemplos del derecho español el caso de un testigo que declare bajo la coacción de alguna de las partes o de los investigadores privados que obtengan informes que se presenten como prueba documental vulnerando derechos fundamentales, sobre todo en el marco del derecho a la intimidad (intervención de comunicaciones telefónicas, inviolabilidad del domicilio, fundamentalmente).



para determinar el precio de la compraventa a lo expresamente pactado en el contrato, esto es, \$20.000.000, sino que otorgó mayor valor probatorio de conformidad al artículo 346 número 3 del CPC y 1700 del CC al audio de una conversación telefónica que se incorporó mediante audiencia de percepción y que a juicio del impugnante constituye prueba ilícita y vulneradora de garantías constitucionales; y con su mérito se concluye que el valor del inmueble ascendió a \$40.000.000.

En esta causa, donde la aplicación de las normas sustantivas que determinan el valor probatorio de la prueba pudo haber servido para negar valor a la prueba ilícita incorporada —sin detenernos ahora en la justicia de esa decisión—, no fueron aplicadas en la sentencia impugnada y el máximo tribunal, sin analizar la procedencia de su exclusión en el proceso civil, declara inadmisibles el arbitrio de casación al no cumplir el requisito del artículo 772 número 1 del CPC, en particular, por no explicar la infracción del artículo 1489 del Código Civil que se considera norma *decisoria litis* en este caso.

Dentro del proceso, incluso mediando orden judicial en los casos en que la ley autoriza dicha resolución, pueden afectarse derechos fundamentales de manera ilícita de presentarse algún vicio en la emisión o ejecución⁸¹ de la orden judicial.⁸² En esa hipótesis será posible para la contraparte pedir la nulidad y el tribunal deberá establecer los actos que quedan nulos debido a su conexión con el acto anulado (inciso final del artículo 83 del CPC).

Pensemos en la resolución judicial que, de conformidad al artículo 276 del Código de Procedimiento Civil ordena el allanamiento de las oficinas del futuro demandado en que se halla el objeto cuya exhibición se ha ordenado como medida prejudicial; sin embargo, por un error de transcripción la resolución indica su residencia particular, donde se obtiene otro documento que se incorpora al proceso.

No obstante la falta o deficiente regulación del CPC, no debe pasarse por alto que el deber de excluir la prueba ilícita o al menos no consi-

81 Si la ejecución es efectuada por un auxiliar de la administración de justicia, como un receptor o un funcionario policial, reviste igualmente el carácter de actuación judicial pasible de invalidación.

82 Jequier (2007: 465) reconoce que incluso en el supuesto de que la actividad probatoria se lleve a cabo dentro del proceso por el juez, para incorporar las fuentes de prueba al mismo, puede suponer violación de derechos fundamentales absolutos si no se realiza al amparo de la ley.



derarla en la resolución de la contienda por el tribunal viene impuesto directamente por la Constitución y, específicamente, en su artículo 5, inciso segundo, al establecer el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En efecto, la exclusión o no valoración por el órgano jurisdiccional de prueba derivada de la infracción de derechos fundamentales es inseparable de su deber de respetar y promover esos derechos, como vía principal para darle efectividad. No podría sostenerse que respeta y promueve esos derechos el tribunal que admite que se rinda en un juicio, o que funda una sentencia, en prueba que vulnera esos derechos.⁸³

83 Jequier (2007: 490 y 491) concuerda en que la ausencia de normas procedimentales en materia civil no autoriza en modo alguno a obviar todo el catálogo fundamental y garantista que la CPR consagra y asegura, al momento de obtener la fuente de prueba. Agrega que, como lo señala expresamente el artículo 6 de la CPR, los órganos del Estado —y entre ellos los tribunales de justicia— deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, agregando a continuación que tales preceptos «obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo», concluyendo por último que su infracción «generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley». Del mismo modo, continúa el autor citado, el artículo 19 número 3 de la CPR consagra el derecho a un proceso «legalmente tramitado», racional y justo, lo que implica por cierto el cumplimiento y respeto de los derechos fundamentales de las partes, durante todo su desarrollo. Un proceso civil que termine en una sentencia basada en prueba ilícita, obtenida con infracción de derechos fundamentales, no puede considerarse como «legal», y menos «racional y justo». El autor comentado concluye que, si así se acredita en el juicio por vía incidental, el tribunal estará obligado a rechazar y considerar como nula toda aquella que se haya obtenido con infracción de derechos fundamentales. Más aún, deberá rechazar incluso su práctica misma, de manera de evitar toda posible contaminación o injerencia de esa prueba ilícita en el proceso de formación del convencimiento jurisdiccional respecto el fondo de la cuestión controvertida.

Aun cuando analizando esta materia en el contexto del proceso penal, de manera similar, refiriéndose también al artículo 6 de la CPR, Correa (2018: 164) y Carocca (1998: 319), señalan que un acto que infringe preceptos constitucionales no podría ser admitido en nuestro derecho, ya que como tal incurriría expresamente en la sanción de nulidad que para tales actos prescribe la propia CPR. En efecto, un acto dirigido a la obtención de un elemento de prueba, que infrinja un derecho fundamental, importa la infracción primero del artículo 19, en la parte en que contiene expresamente el derecho constitucional y, luego, de los artículos 6 y 7 de la CPR. Núñez y Correa (2017: 218) apuntan a la supremacía de la CPR y a la sustancialidad de los derechos por ella consagrados, y explican que los artículos 276 y 373 a) del

Si bien refiriéndose al procedimiento penal, igualmente resulta útil traer a colación la sentencia de la Corte Suprema rol 1741-2010, de 25 de mayo de 2010, en la que pese a declarar que el deber impuesto al tribunal de excluir ciertas pruebas obtenidas con vulneración de garantía fundamentales constituye una «consagración legal» de la regla de exclusión, admite que la normativa sobre prueba ilícita «encuadra dentro de las garantías que avalan el debido proceso» y, por ende, con una fuente de jerarquía constitucional en el artículo 19 número 3, inciso sexto de la Constitución.

Sin embargo, tal predicamento no se ha extendido al procedimiento civil, lo que puede obedecer principalmente a la diferencia de bienes o valores afectados y de la entidad de su vulneración en ambos procedimientos. En el proceso penal la legitimidad de la privación de la libertad ambulatoria del imputado, que ejecuta el Estado en virtud de una sentencia condenatoria, requiere que esta se funde a su vez en prueba lícitamente obtenida por los agentes estatales. En cambio, en el procedimiento civil, en el que una sentencia declaratoria, constitutiva o condenatoria, generalmente tiene alcances únicamente patrimoniales, no se ha estimado suficiente la ilicitud en la obtención de la evidencia en que ella se basa para restarle legitimidad.⁸⁴

CPP, no hacen sino velar porque el ejercicio del *ius puniendi* respete la limitación impuesta por la propia CPR.

84 En materia laboral, el inciso final del número 4 del artículo 453 del Código del Trabajo, dispone que «Con todo, carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales» (la cursiva es nuestra). Norma cuya infracción puede ser reclamada mediante el recurso de nulidad por la causal del artículo 477 del mismo código, lo que ha dado lugar a un amplio desarrollo jurisprudencial que no resulta posible examinar con detención aquí, que incluye los pronunciamientos del máximo tribunal vía recurso de unificación de jurisprudencia previsto en el artículo 483 del mismo texto. Alguna jurisprudencia reciente sobre esta materia, sentencia Corte Suprema rol 35159-2017, de 12 de abril de 2018; antes de las modificaciones introducidas al Código del Trabajo por la Ley 20.087, de 3 de enero de 2006 y Ley 20.260, de 29 de marzo de 2008, de manera similar a lo visto en materia civil, se esgrimió la valoración de prueba ilícita como error de derecho mediante el recurso de casación en el fondo, como en sentencia Corte Suprema rol 4344-2010, de 20 de octubre de 2010, siendo desestimado el arbitrio por meras cuestiones formales. En este caso particular, por no «señalar determinadamente de qué manera se han conculcado las razones jurídicas, las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en su asentamiento [de los hechos] y en la omisión

Infracción de jurisprudencia como infracción a una garantía fundamental

Un factor determinante para que el sistema judicial genere externalidades positivas en la ciudadanía es que sea predecible. Solo si las personas que no han participado en un pleito piensan, con algún grado de fundamento probable, que los criterios con que se falló en él pueden serles aplicables en una situación similar, los tomarán en cuenta en sus razonamientos y actuaciones. En cambio, según García y Leturia (2006: 371) si las sentencias judiciales tienen un grado alto de aleatoriedad, si su contenido puede variar entre un caso y otro similar, los sujetos racionalmente no pueden adecuar su conducta al derecho, pues este es cambiante y se verán alentados a asumir conductas oportunistas frente a los procesos judiciales.

De las innumerables sombras que oscurecen nuestra justicia civil — pero que no es exclusiva de esta—, una radica en la falta de uniformidad de sus pronunciamientos al no ser vinculantes las sentencias de los tribunales, sino para el único caso en que se pronuncian (artículo 3 del CC). Pero esta deficiencia es todavía mayor si se observa que nuestros tribunales, unipersonales o colegiados, frente a un conflicto jurídico prácticamente idéntico, suelen resolver de manera antagónica.⁸⁵

de establecer aquellos en los que funda su pretensión». En sentencia Corte Suprema rol 4145-2004, de 29 de noviembre de 2005, se rechaza el recurso de casación en el fondo en el que se reclama por la valoración de prueba ilícita, toda vez que el arbitrio no acusa la infracción de leyes reguladoras de la prueba que permitieran modificar los hechos fijados por la sentencia impugnada. Y en materias de competencia de los juzgados de familia, el artículo 31 de la Ley 19.968, de 30 de agosto de 2004, prescribe en su artículo 31, que «el juez de familia, luego de estudiar la admisibilidad de las pruebas ofrecidas, de resolver las convenciones probatorias y de escuchar a las partes que hubieren comparecido a la audiencia preparatoria, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas que fueren manifiestamente impertinentes, tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, resulten sobreabundantes o hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales» (la cursiva es nuestra). Coincidimos con Jequier (2007: 489) en que se echa de menos una mayor regulación del procedimiento a seguir para establecer en el proceso la ilicitud de la fuente de la prueba, lo que, sin embargo, ha sido salvado por la actividad interpretativa de los tribunales.

⁸⁵ García y Leturia (2006: 349) explican que un esquema institucional cuyas sentencias no sean capaces de mostrar el verdadero alcance de las normas y generar certeza de su contenido mediante un sistema jurisprudencial uniforme, no tan solo puede contribuir a crear ineficacias económicas, sino a limitar el crecimiento económico.



Por su parte, Núñez y Pérez (2013: 49) dicen que la jurisdicción es una garantía de la certeza del derecho, puesto que por medio de ella se da aplicación a los variados cuerpos normativos, creando certeza respecto al modo en que las normas operan bajo un determinado sustrato fáctico.

En el ordenamiento procesal civil una aparente y, por ende, en verdad inútil respuesta para subsanar este problema, corresponde a la petición de una de las partes para que el recurso de casación en el fondo⁸⁶ sea conocido y resuelto por el pleno de la Corte Suprema y no por la respectiva sala, lo que debe fundarse en el hecho que ese tribunal, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso (artículo 780 del CPC).

Tal no es ninguna solución, por cuanto únicamente se refiere a distintas interpretaciones sostenidas por la propia Corte Suprema. Además, lo decidido, según Palomo (2019: 324), no resultará vinculante para futuras decisiones las que podrán, incluso las dictadas por el mismo máximo tribunal, volver a la interpretación desestimada por el pleno, no asegurándose entonces certidumbre en los pronunciamientos venideros.

Entonces en tal contexto la respuesta debe encontrarse en las exigencias de fundamentación del fallo para el cambio de interpretación de la norma decisoria de la litis. Por cierto que un tribunal puede apartarse de una interpretación postulada antes, lo que podría obedecer a múltiples razones como un mayor estudio de parte de los magistrados sobre la materia en cuestión, o a ser la interpretación sostenida uniformemente por tribunales superiores. Sin embargo y, en ambos casos, dichos motivos deben ser explicitados y desarrollados en el fallo, de manera que las partes adviertan que no se trata de un giro antojadizo sino fundado y que, por ende, entrega certeza que debiera prolongarse en el tiempo, lo que no descarta que en algún momento pueda volver a variar.⁸⁷

86 Romero, Aguirrezabal y Baraona (2008: 226) recuerdan que el legislador de fines del siglo XIX estimó que, al introducir este instrumento, la Corte Suprema haría realidad el principio de igualdad ante la ley, a través de la unificación de la jurisprudencia.

87 García y Leturia (2006: 349) señalan que las buenas o malas decisiones judiciales generan un impacto *ex ante* sobre las expectativas de los individuos, incentivando o desincentivando conductas, como, por ejemplo, la redacción de contratos más completos y con menores espacios de interpretación o el establecimiento de cláusulas de arbitraje.



El dilema radica en aquellas sentencias que entregan las consideraciones de hecho y de derecho para dirimir el caso actual, pero que al hacerlo se apartan de una interpretación legal anterior sin expresar las razones para ese cambio, pues esa hipótesis no es cubierta por la causal de casación en la forma del artículo 768 número 5 en relación al artículo 170 número 4 del CPC.

Aquí se observa una clara infracción a la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, así como a la tutela judicial que, sin embargo, no tiene remedio en nuestro ordenamiento desde que se opone al modelo de nuestro sistema jurídico.

Medidas para mejor resolver del artículo 159 del CPC como infracción al debido proceso

Indica Pinochet (2019: 73) que, en un sistema adversarial o acusatorio la vigencia del principio dispositivo determina que la iniciativa del proceso y la aportación de los hechos dependa de la voluntad de las partes y, además, que se entregue exclusivamente a estas la actividad consistente en ofrecer y producir las pruebas tendientes a la demostración de las afirmaciones.

Por ende, tanto la prueba de oficio⁸⁸ como las medidas para mejor resolver son instituciones procesales propias del sistema inquisitivo que, según Pinochet (2019: 76) es la antítesis del debido proceso.

En efecto, según este mismo autor (2019: 76) si los fundamentos prácticos de la acción se encuentran debidamente probados, el tribunal debe dar lugar a la demanda y si no los están debe rechazarla, escenario en el que la imparcialidad del tribunal no se ve afectada. En cambio, si se decreta una medida para mejor resolver es indudable que solo puede tener por efecto potencial acoger la demanda, es decir, dictar una sentencia condenatoria, con la consiguiente demostración de abandono de una posición de imparcialidad.

88 Comenta Pinochet (2019: 68) que la intervención de los jueces en materia laboral, decretando prueba y dirigiendo las interrogaciones a los testigos demuestra, en la práctica, que pierden su imparcialidad. Agrega que sus líneas de interrogación a los testigos los hace, frecuentemente, generar su propia hipótesis del caso y luego de esto adoptan una actitud de prejuicio frente a los demás medios de prueba que a las partes les resta por rendir.



La imparcialidad se afecta porque necesariamente la prueba que disponga, sin perjuicio de que podría contribuir a esclarecer la verdad de lo sucedido, vulnera la existencia de la carga de la prueba en base a la que las partes formularon su demanda y defensa, dejando al no beneficiado por la medida de oficio en una posición de desigualdad frente a aquel «subsidiado» afectando la igualdad de los litigantes (Pinochet, 2019: 70).⁸⁹

Delegación de la recepción de prueba como infracción al principio de legalidad y al debido proceso

El inciso primero del artículo 365 del CPC prescribe que «los testigos serán interrogados personalmente por el juez, y si el tribunal es colegiado, por uno de sus ministros a presencia de las partes y de sus abogados, si concurren al acto».

Sin embargo, como relata Pinochet (2019: 87), cada día se constata, en una simple prueba testimonial o en un comparendo, que el juez permanece sentado en su despacho y que cuando el abogado formula oposición a una pregunta el receptor se para, deja a las partes esperando y se dirige al despacho del juez a contarle lo que ha pasado y a pedirle que tome una decisión. Luego, aparece el receptor y trae la decisión del juez. Obviamente, por regla general nunca viene fundada y durante todo este lapso jamás las partes han tenido al juez frente a ellas para poder explicarle, argumentarle y convencerlo.⁹⁰

Lo expuesto desde luego conculca los artículos 7, 76 y 77 de la CPR, pues constituye una proscrita e inválida delegación de funciones jurisdiccionales, desde que la recepción y valoración de la prueba testimonial es parte esencial de dicha función —el conocimiento de la causal civil— que luego se expresa razonadamente en la sentencia escrita.⁹¹

⁸⁹ De otra opinión Núñez y Pérez (2014: 243), para quienes estas medidas respetan el principio dispositivo, debido a que las partes siguen llevando su conflicto al juez. Tampoco permiten la pérdida de la imparcialidad judicial, puesto que se pueden decretar mientras se encuentra pendiente la dictación de la sentencia, en el período final del juicio.

⁹⁰ Núñez y Pérez (2014: 105) mencionan que algunos autores consideran que dentro del derecho a que la prueba admitida sea practicada, como manifestación del derecho a la prueba, se debiera contemplar que el propio juez reciba la prueba, pero en Chile el sistema hace que la rendición de la prueba esté mediada por funcionarios judiciales y no la aprecie el magistrado inmediatamente.

⁹¹ Sobre el principio de legalidad en materia de Derecho Procesal, véase Núñez y Pérez (2013: 87).



Como señala el autor citado (2019: 95 y 96), no existiendo la derogación por desuso de la ley procesal, los tribunales actúan a diario como el mencionado artículo 365 estuviera derogado. Todo ello, a consecuencia de la regla escrita del proceso, desde que la presencia del juez en cada audiencia testimonial es inútil porque todo lo que declararán los testigos será consignado en actas que deberá leer con posterioridad, cuando estén rendidos todos los medios de prueba.

El debido proceso en el arbitraje

El arbitraje según Jarrosson es la institución por la cual un tercero resuelve el conflicto que opone a dos o más partes, por medio del ejercicio de la misión jurisdiccional que estas le han confiado.

Desde ya, y para no detenernos demasiado, nuestro derecho entiende que las y los árbitros son jueces, tal y como los define el artículo 222 del COT: «Se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso» (Jarrosson, 1987: 372). La disposición se complementa por el artículo 5 inciso final del COT, que los considera dentro de los tribunales especiales, pero no los incluye dentro de aquellos integrantes del Poder Judicial determinados en su inciso primero. Sin embargo, autores como Silva Bascuñán afirman que «conforme a las citadas reglas del Código Orgánico se implanta un sistema o procedimiento mediante el cual se llega a constituir a árbitros como tribunales, aunque no creados directamente por la ley, e integran, por tanto, el Poder Judicial» (Silva Bascuñán, 2014: 91).

Se podrá disentir o no en si los árbitros pertenecen al Poder Judicial, pero lo que es innegable es que los arbitrales son tribunales de justicia y en tal virtud están obligados a guardar en sus actuaciones y resoluciones un respeto irrestricto a las garantías fundamentales que derivan del debido proceso. «Como todos los órganos y autoridades que cumplen una función pública, los árbitros ejercen soberanía y se encuentran por ello limitados en su actuación “por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, debiendo “respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (artículo 5)» (Silva Bascuñán, 2014: 93).

En su condición de jueces, sus resoluciones son, al menos en nuestro derecho, ejecutables como cualquier otra dictada por un tribunal ordi-



nario, salvo en cuanto afecten derechos de terceros ajenos al arbitraje y se requiera el auxilio de la fuerza pública. En estos casos se requerirá la intervención de un tribunal ordinario. Tanto porque son calificados como jueces, como por el hecho de que requieren la participación de otro tribunal para la ejecución de algunas de sus resoluciones, los actos de las y los árbitros quedan sujetos a control judicial.

Incluso en arbitraje comercial internacional, regulado por la Ley 19.971 —que tiene disposiciones bastante menos formalistas que nuestra legislación de arbitraje doméstico— el árbitro y sus decisiones están sujetas a control. Este, como se revisará, cautela las garantías de un justo y debido proceso sin afectar, por cierto, la autonomía de las partes que libremente eligieron resolver sus disputas por medio de arbitraje.

En materia de arbitraje doméstico —regulado por el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procesamiento Civil— hay tres categorías de arbitrajes que están asociadas a las facultades de los árbitros:

- Árbitros de derecho: Se sujetan en sus procedimientos y en la decisión del asunto a las mismas normas legales establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción (artículos 223 inciso segundo COT y 628 del CPC).
- Árbitros arbitradores o amigables componedores. Fallan obedeciendo a lo que su prudencia y/o equidad le dictaren y que no están, además, obligados a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las partes hayan expresado (artículos 223 inciso tercero COT y 636 y 637 del CPC).⁹²
- Árbitros arbitradores en cuanto al procedimiento y de derecho en cuanto al fallo. Conocidos doctrinalmente como árbitros mixtos.⁹³

92 Es un detalle, pero mientras que los artículos 223 del COT y 637 del CPC hablan de «prudencia y equidad», el artículo 640 del CPC, cuando enumera el contenido de la sentencia del arbitrador, en su número 4 señala que el fallo debe incluir las razones de «prudencia o equidad» que fundan la sentencia.

93 La clasificación de los arbitrajes, según las facultades del compromisario, en árbitros de derecho y arbitradores es diferente a la que recoge la legislación comparada. En efecto, en otros ordenamientos —incluso en el sentido que le da nuestra Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional— se entiende por árbitro de derecho a aquel que resuelve conforme la ley aplicable al contrato, pero siempre el procedimiento será el que definan las partes o el que, subsidiariamente, señala la ley de arbitraje. Es decir, en derecho comparado como en nuestra Ley de arbitraje comercial internacional, el árbitro de derechos es nuestro equivalente al árbitro mixto. Esto es así tanto en sistemas monistas (una única y misma regulación para arbitrajes

En tal posición, la sentencia debe cumplir los requisitos del artículo 170 del CPC.

Si bien el grado de autonomía de la justicia arbitral va a variar según los Estados,⁹⁴ cualquiera sea el tipo de facultades concedidas al árbitro —dentro de estas tres categorías de derecho interno— deberán respetarse los derechos fundamentales que derivan del debido proceso.

En cuanto a la aplicación de las normas del debido proceso a la justicia arbitral, es replicable lo dicho sobre los procedimientos civiles. Ciertamente es que ni la CADH ni el PIDCP hacen una referencia explícita al arbitraje o a otros métodos de solución de controversias, pero eso no significa que quede fuera de la protección de las garantías del debido proceso: El arbitraje es un proceso jurisdiccional por lo que se deben respetar las garantías propias al debido proceso judicial. Como dice Siqueiros, «el intérprete de [la CADH y del PIDCP] debe considerar que el consenso mutuo de las partes para someter a un tribunal arbitral las controversias que puedan surgir o hayan surgido entre ellas, debe quedar implícito dentro de lo que la Convención y el Pacto definen como “garantías judiciales”; por lo tanto, que en el curso del proceso arbitral las personas involucradas tendrán derecho a ser oídas y a gozar de las debidas garantías por el tribunal arbitral, que deberá ser competente, independiente e imparcial» (2002: 408). Recurrir al arbitraje, sería según lo recién expresado, una forma más de acceder a la justicia.

Es escaso el análisis de los tribunales internacionales en torno a la protección de las garantías del debido proceso en el arbitraje. Y la razón

domésticos e internacionales) como en sistemas dualistas (dos regulaciones diversas para uno y otro, como en el caso de Chile).

Ahora es preciso advertir que, para evitar entrar a cuestiones de interpretación de la voluntad, siempre es mejor utilizar en las cláusulas arbitrales la frase «arbitrador en cuanto al procedimiento y de derecho en cuanto al fallo» si se quiere un árbitro con estas condiciones, por sobre la denominación doctrinaria de «árbitro mixto». Ésta es usada por el legislador —erróneamente a nuestro juicio— muy excepcionalmente; como, por ejemplo, en el artículo 441 número 1 del Código de Comercio cuando remite al tipo de arbitraje en las sociedades por acciones a falta de estipulación en el estatuto.

94 Se ha constatado que, históricamente, existe una vinculación entre la extensión de las libertades individuales en un determinado Estado, con la expansión y resguardo del arbitraje como manifestación de voluntad. De esta manera, mientras mayor es el grado de libertades individuales y la protección de las mismas, menor será el control del Estado en el arbitraje.



es simple: tanto en la CIDH como el TEDH revisan demandas en contra de Estados, por las infracciones que estos cometen, a través de sus órganos internos, a los derechos fundamentales consagrados en la CADH o en el CEDH. Como los tribunales arbitrales se consideran mayormente como órganos jurisdiccionales ajenos al Estado,⁹⁵ la vulneración de derechos fundamentales en tales procesos no sería *per se* revisable en tribunales internacionales. Eventualmente, sí podría revisarse la intervención de los órganos estatales en el proceso arbitral en casos tales como la imposición del arbitraje o cuando no se otorgue suficientes garantías al cumplimiento de los laudos arbitrales (lo que derivaría en una afectación al derecho de propiedad).

El sistema internacional de protección de derechos humanos reconoce al arbitraje y falló que la opción por este y su consecuente renuncia a la jurisdicción estatal no era contraria a las convenciones internacionales de derechos humanos. Han entendido que el acceso a la justicia (estatal) no es absoluto y que este podría estar sujeto a limitaciones en la legislación, por lo que como indica Julià (2019: 81) la elección al arbitraje, con exclusión de la intervención de un tribunal estatal, no es contraria a los convenios internacionales. A tal punto llega este reconocimiento, que la propia CIDH, en la sentencia del caso *Chaparro Álvarez y Lapo Ñínguez con Ecuador*,⁹⁶ ordenó a las partes, como medida de reparación, someterse a arbitraje para determinar la indemnización por los daños.

Para garantizar el respeto a las garantías fundamentales del debido proceso tanto en el arbitraje doméstico como en el arbitraje internacional⁹⁷ existen herramientas y recursos que, aunque extraordinarios en su formulación, refieren en sus causales a la protección de las garantías propias del debido proceso.

95 De allí que sea esencial determinar claramente si los tribunales arbitrales son o no parte del Poder Judicial o solo son órganos que se consideran como tribunales especiales que ejercen jurisdicción respecto de materias transigibles o disponibles.

96 Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Ñínguez con Ecuador*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C número 170. El texto íntegro de la sentencia se encuentra disponible en <https://bit.ly/3r1kzIW>.

97 Nos referiremos indistintamente al arbitraje internacional o arbitraje comercial internacional, entendiendo por tal a aquel regulado en Chile por la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional. Este último, para claridad del lector o lectora, no es privativo de partes no estatales. Bien podría ser parte un órgano del Estado, enfrentándose a un privado.

Arbitraje y juez natural

El recurso al arbitraje, cuando no es impuesto por la ley, es excepcional. Es una manifestación de la libertad individual y de la autonomía de la voluntad. Así queda de manifiesto de la lectura de los artículos 227 y 228 del COT. El primero establece un listado de materias que son de arbitraje forzoso, es decir, se excluye de su conocimiento a la jurisdicción común y se impone, de materia obligatoria, la justicia arbitral como método de resolución. El artículo 228 manifiesta que fuera de los casos expresados en el artículo 227, «nadie puede ser obligado a someter al juicio de árbitros una contienda judicial».

Lo anterior, y remitiéndonos a nuestro objeto específico de estudio, nos conduce a verificar si la remisión de las partes al arbitraje puede ser considerada como una vulneración al derecho al juez natural. La cuestión es interesante, pues nos lleva a preguntarnos si por juez natural debemos entender siempre —de forma exclusiva y excluyente— a los tribunales ordinarios o judiciales. O, por el contrario, si el juez natural puede ser, eventualmente, el juez árbitro.

Debemos advertir que muchas de las respuestas a estas interrogantes están condicionadas por la excesiva formalidad que nuestros tribunales exigen al arbitraje (a falta de disposiciones legales expresas y a diferencia de las normas de arbitraje comercial internacional). Y, a pesar de que este es ampliamente aceptado, muchos fallos denotan una suerte de desconfianza hacia el juicio ante compromisarios y más específicamente a los intereses que pudieran tener los árbitros. Esto se expresa, por ejemplo, en la consideración de que los tribunales ordinarios son los únicos que pueden asegurar una verdadera protección judicial, confundiendo el correcto alcance de la tutela judicial efectiva.

En este sentido, Caivano sostiene que la garantía del juez natural, y su consecuente derecho a la tutela jurisdiccional del Estado, no son incompatibles con los arbitrajes nacidos de fuente convencional. Si las funciones jurisdiccionales de los árbitros tienen su origen en la voluntad de las partes, quienes los han facultado para resolver respecto de asuntos que involucran derechos de libre disposición, no existe agravio al derecho de ocurrir ante un órgano judicial, contemplado en el artículo 18 de la Constitución argentina:



Si bien el artículo 18 asegura la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (lo cual supone la posibilidad de ocurrir ante algún órgano judicial en procura de justicia) opera de modo de vedar actos que impidan, *fcvd* de las partes, el acceso al Poder Judicial (Caivano, 2011: 97).

Visto desde esa perspectiva, sí encontraríamos una limitación a la tutela judicial efectiva en los supuestos de arbitraje forzoso. Ahí el justiciable está vinculado a un tribunal arbitral, por disposición expresa de la ley, excluyendo a la jurisdicción ordinaria del conocimiento de aquellos asuntos que el legislador ha entregado a la competencia exclusiva de los compromisarios. De allí que varios autores resalten la inconstitucionalidad de las leyes que imponen el arbitraje como obligatorio.⁹⁸ Si a esta ecuación sumamos que el arbitraje es una justicia pagada y que esto puede entrañar —para aquellos litigantes que no tienen recursos— un obstáculo para el acceso de la justicia, la situación se hace aún más grave.

A este respecto, sostiene Julià que el TEDH ha declarado que «cualquier renuncia a acceder a los tribunales, incluida la aceptación de una cláusula de arbitraje, debe ser libre, lícita e inequívoca» (2019: 83). De allí que haya resuelto, en diversos casos, que la renuncia por coacción al acceso a la justicia ordinaria —coacción que puede venir de la misma ley al imponer el arbitraje— puede ser constitutiva de una violación del artículo 6.1 referido al derecho a un proceso equitativo (norma equivalente, como hemos referido, al artículo 8 de la CADH).⁹⁹

Ahora bien, si las partes libremente convienen que sus disputas serán resueltas por árbitros, necesariamente su juez natural será el tribunal arbitral. Las normas constitucionales e internacionales determinan que las partes tienen derecho al tribunal competente, establecido con anterioridad. Así las cosas, resulta evidente que han sido ellas —al disponer libremente de lo suyo y siendo la materia por juzgar de aquellas disponibles de acuerdo con la ley— las que han decidido la jurisdicción natural para resolver su controversia. De esta manera, lo que sí constituiría una

98 Véase, por ejemplo, Jequier (2011).

99 Julià (2019: 83) cita como fallos, el caso *X con Alemania* de 1962, el caso *Deweer*, el caso *Bramelid y Malmström*, entre otros. La infracción al CEDH se daba incluso en casos donde se involucraban únicamente partes privadas, pero se le imputó responsabilidad al Estado por permitir esa coacción o no ofrecer un remedio para la misma.

violación al derecho al juez natural sería que una jurisdicción ordinaria suprimiera o limitara los derechos de los justiciables de resolver sus controversias ante dicho tribunal.

El reconocimiento del tribunal arbitral como juez natural es de antigua data en el derecho comparado, y se ha resuelto que su opción por las partes no es obstáculo al derecho a la tutela judicial efectiva, salvo que, como se ha visto, sea impuesto por la ley.

Paulsson (2013: 105) en su célebre libro *The Idea of Arbitration* dice que el concepto de derecho al juez natural no refiere a un derecho a la justicia ordinaria estatal, aunque en su origen lo haya estado. La expresión «juez natural» comienza a usarse durante la Revolución Francesa y en particular tras la Constitución de 1791, aunque dicha carta no utilizó el término. Este derecho al juez natural evitaba el desplazamiento de las funciones jurisdiccionales hacia tribunales o comisiones especiales, creados al efecto por la monarquía, o que la decisión del asunto fuera derivada directamente al Consejo del Rey, como órgano jurisdiccional. El juez natural al que se refería la Constitución de 1791 tenía un rol protector de las libertades individuales y de la propiedad, amenazadas por los eventuales excesos del rey, quien seguía gobernando.¹⁰⁰ La concepción del juez natural buscaba impedir abusos de otros órganos del Estado. Para esto se determinaba legal y previamente el órgano jurisdiccional competente, y se evitaba una transgresión al principio de separación de poderes. Sin embargo, esa idea original del juez natural fue evolucionando, ampliando su alcance al derecho a una justicia equitativa, que implica que todas aquellas personas que estén en una misma situación jurídica deben ser juzgadas por el mismo tribunal (o mismo tipo de jurisdicción). El derecho al juez natural como derecho a una justicia equitativa es una expresión de la igualdad ante la ley y de la igual protección en el ejercicio de los derechos.¹⁰¹

¹⁰⁰ En el artículo 4 de su capítulo V, la Constitución de 1791 prescribía, sobre el Poder Judicial, que los ciudadanos no podían ser distraídos de los jueces que la ley les hubiera designado, por ninguna comisión ni por otras autoridades o evocaciones que aquellas que estuvieran determinadas por las leyes.

¹⁰¹ Se hace necesario establecer que la existencia de fueros especiales debido al cargo o posición de determinados litigantes no es un beneficio procesal para ese litigante aforado. Por el contrario, es una garantía establecida en favor de quien es su contraparte, de manera de asegurar la igual protección de sus derechos, evitando que el cargo o posición de aquél pueda afectar la decisión del juzgador.



¿Puede entonces considerarse al árbitro como el juez natural? La respuesta es afirmativa. Qué más jurisdicción natural que aquella que los propios litigantes han elegido. Y si vamos al mismo tronco histórico del juez natural, el artículo 5 del capítulo quinto de la Constitución de 1791 prohibía al Poder Legislativo atentar contra «el derecho de los ciudadanos de terminar definitivamente sus controversias por la vía del arbitraje».¹⁰²

Otro ejemplo es el del artículo 116 de la Constitución de Colombia de 1991 que radica la función jurisdiccional —la administración de justicia— en las cortes y tribunales que allí se designan, todos de carácter público. Pero en su inciso final hace un reconocimiento especial, cuando expresa que: «Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de [...] árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley».

Es decir, mediante la autorización expresa de la Constitución, se determina que los árbitros ejercen jurisdicción, previa habilitación de las partes, con lo que recurrir al árbitro sería expresión de que es el tribunal competente y, por tanto, el juez natural.

De lo anterior podemos concluir que el árbitro puede ser considerado el juez natural, en la medida que la materia que se somete al conocimiento de un tribunal arbitral no haya sido excluida por la ley. Así lo hacen, por ejemplo, los artículos 229 y 230 del COT, cuando determinan un conjunto de materias que no son susceptibles de resolverse por árbitros.

Luego, una segunda conclusión es que, si no hay impedimento legal para resolver la controversia mediante juicio de árbitros, la competencia de estos quedará determinada por la voluntad de las partes, las cuales definirán su ámbito en el respectivo acuerdo de arbitraje y el que podrá adoptar la forma de cláusula compromisoria o compromiso arbitral.¹⁰³

¹⁰² Article 5 «Le droit des citoyens, de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du Pouvoir législatif» [idioma original].

¹⁰³ Se reconocen dos tipos de acuerdos de arbitraje: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. Solo como referencia, en derecho chileno entendemos ambos tipos de convenios arbitrales de manera diversa al resto del mundo, dándole también efectos diferentes. En Chile tenemos una distinción formal y funcional entre ambos. Para nuestra doctrina nacional la cláusula compromisoria se ha entendido como el acuerdo de voluntades por el cual las partes de un contrato convienen en que todas o algunas de las controversias que surjan de esa relación jurídica serán resueltas por árbitros. Algunos autores la entienden como una convención, mientras que hay fallos



Por eso es de vital importancia formular clara y correctamente una cláusula arbitral. Ejemplos de cláusulas mal formuladas o redactadas hay infinitos. La doctrina arbitral las ha denominado «cláusulas patológicas». No son necesariamente nulas, pues puede no faltarle algún elemento exigido por la ley para ser válidas; sino que contienen elementos que hacen necesaria su interpretación. El típico caso es aquella en que se determina que toda cuestión o controversia será resuelta por árbitros y en la siguiente cláusula se expresa que «para todos los efectos legales las partes fijan su domicilio en la ciudad de [...], sometiéndose a la jurisdicción de sus tribunales ordinarios de justicia». Hay dos cláusulas aparentemente contradictorias en un mismo contrato.¹⁰⁴

Para cautelar que se está accediendo al juez natural —entendiéndolo para el caso del arbitraje como aquél determinado por las partes en el acuerdo— el legislador ha establecido herramientas tanto en el arbitraje doméstico como en el comercial internacional. En la primera materia y tratándose de árbitros de derecho (o árbitros arbitradores en cuanto al

judiciales que la han definido como un contrato. El compromiso arbitral, en tanto, cumpliría el mismo objetivo anterior, pero a diferencia de la cláusula compromisoria, determina *ex ante* a la persona del árbitro, designándolo en el mismo acuerdo. En lo funcional la gran diferencia es que en el compromiso la jurisdicción arbitral está condicionada a la existencia o aceptación del compromisario del encargo, de modo que si llegada la controversia, el árbitro no existe o no acepta, la jurisdicción volverá a los tribunales ordinarios. En cambio, la cláusula compromisoria vincula a las partes permanentemente al arbitraje, sin que dependa de la existencia de un determinado compromisario. Si el árbitro renuncia o muere durante el juicio, el conflicto seguirá siendo conocido por un nuevo árbitro. En derecho comparado es totalmente distinto. No existe tal distinción fundada en la designación del árbitro, sino que la cláusula compromisoria será aquella pactada antes de la ocurrencia del conflicto, pudiendo estar incorporada dentro de un contrato o en un documento distinto. El compromiso se pactará una vez que el conflicto ya ha surgido. La distinción queda claramente establecida, por ejemplo, en el artículo 1442 del Código de procedimiento civil francés: «Artículo 1442. El convenio arbitral adoptará la forma de una cláusula compromisoria o de un compromiso. La cláusula compromisoria es la convención en virtud de la cual las partes en uno o varios contratos convienen en someter a arbitraje las controversias que pudieran surgir en relación con ellos. El compromiso es la convención en virtud de la cual las partes en una controversia existente deciden someterla a arbitraje».

104 Sobre un caso de cláusulas patológicas puede revisarse el debate de hace algunos años respecto de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua entre los profesores Íñigo De la Maza y Rodrigo Bordachar en *El Mercurio Legal*. Artículo original del profesor De la Maza, disponible en <https://bit.ly/44EfuP9>. Respuesta del profesor Bordachar, disponible en <https://bit.ly/3XABEzh>. Réplica del profesor De la Maza, disponible en <https://bit.ly/3NPSGWM>.

procedimiento y de derecho en cuanto al fallo) se admiten los mismos recursos que en la jurisdicción ordinaria. Incluso se permite establecer, al tenor del inciso primero del artículo 239 del COT, tribunales arbitrales de apelación y de casación.

En los arbitrajes de arbitradores no se admite el recurso de apelación salvo que se haya determinado de forma previa un tribunal de segunda instancia de arbitradores. Tampoco se admite la casación en el fondo. La razón es clara: al ser las cortes de apelaciones y Suprema tribunales de derecho, no podrían conocer como arbitradores, es decir, fallar por razones de prudencia o equidad, sino únicamente en ausencia de una ley que dirima el conflicto.

El citado artículo 239 del COT habilita a las partes mayores de edad y con la libre administración de sus bienes —sin distinguir entre procedimientos seguidos ante árbitros de derecho o arbitradores— a renunciar a los recursos de casación y apelación. En tal caso la decisión del árbitro quedaría como definitiva. Sin embargo, el legislador doméstico ha querido mantener el control efectivo del derecho al juez natural, entendiéndolo como aquel competente, y ha mantenido tres recursos que, aun bajo renuncia expresa, se en tienden procedentes. Son irrenunciables entonces el recurso de casación en la forma por incompetencia, el recurso de casación en la forma por *ultra petita* y el recurso de queja.

Más que ser un medio de impugnación de la decisión del árbitro, estos recursos irrenunciables aseguran que los y las árbitros no excedan de la competencia y de la jurisdicción que las partes le han conferido. Si el acuerdo de arbitraje marca el campo de acción de las actuaciones de la o del árbitro, también delimita sus contornos. Las partes han establecido un árbitro como su juez natural para ciertos y determinados conflictos. Precisamente, estos tres recursos controlan de un lado que el árbitro se mantenga en esos límites y de otro que no cometa faltas o abusos en la dictación del fallo.

La cuestión se mantuvo pacífica durante varios años, hasta que en el año 2017 pareció que la Corte de Apelaciones de Santiago entendió que la renuncia genérica a los recursos implicaba renunciar también a todos los medios de impugnación. Así, por ejemplo, la CA de Santiago el 25 de abril de 2017 declaró inadmisibile el recurso de queja intentado contra un árbitro arbitrador en cuanto al procedimiento y de derecho en cuanto al



fallo (mixto).¹⁰⁵ Las partes habían acordado someterse al procedimiento establecido en el Reglamento procesal vigente del Centro de Arbitraje y Mediación (CAM) de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS), que en su artículo 40 señalaba que las partes renunciaban a «todos aquellos recursos que por ley fueren renunciables». Igualmente, en la cláusula de solución de controversias pactada en el contrato, las partes expresaron que contra la sentencia del árbitro no procedía recurso alguno.¹⁰⁶ La Corte Suprema, conociendo a su vez de un recurso de queja interpuesto en contra de los ministros que dictaron este fallo, casó de oficio de la sentencia. A tal fin señaló en la sentencia de casación que el recurso de queja tiene un interés público y por consiguiente no puede ser renunciado, pues «la decisión de inadmisibilidad adoptada por el tribunal de alzada importaría privar a las partes de su derecho irrenunciable de recurrir ante los tribunales ordinarios para reclamar por faltas o abusos graves que pueden incidir en la correcta administración de justicia»:

Cuarto: Que lo reseñado precedentemente y el tenor del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales ponen de relieve que el recurso de queja se define por su finalidad disciplinaria. Es un arbitrio que tiene objetivos propios que difieren de los recursos ordinarios, ya que solo procede como un remedio contra faltas o abusos graves en la dictación de algunas resoluciones judiciales que no pueden ser revisadas por otras vías de impugnación. De lo anterior se desprende su carácter extraordinario, ya que solo procede en los casos expresamente señalados por la ley y con facultades de revisión limitadas a su propósito disciplinario. (Mario Mosquera Ruiz y Cristián Maturana Miquel, *Los Recursos Procesales*, 2.ª edición, 2014, p. 389).

Quinto: Que es precisamente el carácter extraordinario del recurso de queja —definido por su finalidad— el motivo que ha inclinado a la doctrina a estimar que es un arbitrio irrenunciable para las partes. Incluso antes de la dictación de la Ley 19.374 el autor Roberto Munita Herrera sostenía que en las cláusulas arbitrales esa renuncia no puede tener valor, «y debe mirarse como no escrita, porque las disposiciones que establece este recurso son de orden público manifiesto, pues tienden, no al interés privado de las partes, sino a la correcta administración de

¹⁰⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de abril de 2017, rol Civil-3998-2017.

¹⁰⁶ Sentencia Corte Suprema de 27 de septiembre de 2017, rol de ingreso 18987-2017.

justicia y al buen desempeño de las labores de los jueces. No se trata de un caso de libre renunciabilidad, como la renuncia de los recursos ordinarios que miran solo al interés de las partes» (*Estudio Crítico sobre el Recurso de Queja*, Editorial Jurídica de Chile, 1968, pp. 90-91).

En el mismo sentido orientador se ha manifestado la doctrina más reciente, destacando al tratadista Patricio Aylwin Azócar (*El Juicio Arbitral*, 6.ª edición, 2014, pp. 470-471).

Sexto: Que siguiendo esta línea de razonamiento resulta atinente señalar que esta Corte Suprema también ha reconocido la irrenunciabilidad del recurso de queja. Este criterio quedó plasmado en la sentencia dictada en la causa rol ingreso número 2601-2009, que en su motivación cuarta señala: «Que de lo expuesto se colige que el mayor análisis o disquisición efectuada por los informantes —en orden a distinguir aquellas situaciones en las cuales la imposibilidad de interponer un recurso deriva de la ley de aquellos casos [en que] deviene de la voluntad de las partes— no aparece de manera alguna que haya sido dispuesta por el legislador, razón por la cual no podían establecerla aquéllos. No puede dejar de consignarse que cada vez es más frecuente que las partes de un convenio renuncien a los recursos que la ley dispone en vista a obtener una resolución más expedita y rápida de los conflictos, empero, en ningún caso puede entenderse que, como consecuencia de esa motivación, se vean aquéllas privadas de la posibilidad de recurrir ante una falta o abuso grave cometido por el órgano jurisdiccional en el ejercicio de tales funciones».

El criterio de la Corte de Apelaciones de Santiago se repitió días después en un caso distinto,¹⁰⁷ ahora con un recurso de casación en la forma por *ultra petita*. Al igual que el ya comentado, se trataba de un arbitraje institucional seguido según el Reglamento procesal del Centro de arbitraje y mediación de la CCS, por lo que la Corte de Apelaciones declaró que:

Según el acta de arbitraje de veinticinco de mayo del dos mil dieciséis, y el Reglamento procesal de arbitraje del CAM de la Cámara de Comercio de Santiago, las partes renuncian expresamente a los recursos procedentes en contra de la sentencia definitiva, razón por la cual el presente recurso [de casación en la forma] no puede ser admitido a tramitación,

107 Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de mayo de 2017, rol ingreso Civil-4595-2017.



sin que la causal por la cual se impetra el referido recurso de casación en la forma haga variar lo que se decidirá.

Tras rechazarse la reposición deducida, la parte agraviada recurre de queja ante la Corte Suprema. En fallo de 2 de octubre de 2017 esta inválida de oficio el fallo de inadmisibilidad.¹⁰⁸ En síntesis, los recursos de casación en la forma fundados en la *ultra petita* como en la incompetencia tienen el carácter de irrenunciables porque se relacionan con la jurisdicción del tribunal, materia de orden público que no admite disponibilidad por las partes:

Cuarto: Que en la especie la resolución que incide en autos corresponde a una sentencia definitiva dictada por un juez árbitro que, según las bases del procedimiento acordadas por las partes en audiencia de 25 de mayo de 2016, tiene la calidad de árbitro arbitrador.

De conformidad a lo dispuesto en la parte final del inciso primero del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, procede en contra de dicha sentencia el recurso de queja y el de casación en la forma.

Quinto: Que, por su parte, el artículo 239 del Código Orgánico de Tribunales dispone que las partes que someten un negocio a arbitraje pueden renunciar a los recursos de apelación, casación forma o fondo, en el instrumento del compromiso o en bien en acto posterior, siendo mayores de edad y teniendo la libre disposición de sus bienes.

Sexto: Que tal hipótesis es precisamente la que ha tenido lugar en la especie al haberse estipulado por las partes en las bases del procedimiento arbitral que «contra la sentencia definitiva no procederá recurso, sin perjuicio de aquel de aclaración o enmienda...» (Cláusula 18); constituyendo el fundamento de los jueces recurridos para declarar la inadmisibilidad de la casación en la forma impetrada respecto del fallo dictado por el juez árbitro.

Séptimo: Que, sin embargo, tal renuncia como lo señala la doctrina y jurisprudencia, no tiene cabida cuando la casación en la forma se funda en las causales de incompetencia y de *ultra petita*, por cuanto tratándose de tales motivos de nulidad dicho recurso reviste el carácter de irrenunciable. (Álvaro Aliaga Grez, *Los Recursos Procesales en el Juicio Arbitral*, Editorial Jurídica de Chile, 1985, p. 60).

108 Sentencia Corte Suprema de 2 de octubre de 2017, rol de ingreso número 33758-2017.



En efecto, la *ultra petita* como la incompetencia revisten tal naturaleza porque se relacionan con la jurisdicción del tribunal, materia de orden público que no admite disponibilidad por las partes.

En este sentido esta Corte Suprema ha señalado que: «La circunstancia de que en una cláusula compromisoria se acuerde que las diferencias que existan entre las partes, respecto de un contrato, se resuelvan por un árbitro arbitrador en procedimiento breve y sumario, y sin forma de juicio, y que su fallo no será susceptible de recurso alguno, dicha renuncia no se extiende a las causales de casación en la forma de incompetencia del tribunal, ni a la de *ultra petita*, ya que siendo la primera materia de orden público, por la referida cláusula, se fijó al árbitro el ámbito de su competencia para que resuelva el asunto, y si este se excede de sus límites, la parte agraviada puede impugnar la decisión por medio del señalado recurso. Lo mismo cabe indicar respecto de la segunda, que viene a ser una consecuencia de la anterior y que opera cuando el juez ha fallado fuera del asunto controvertido.

Por ende, el árbitro que declara inadmisibles el recurso de casación en la forma cuando este se refiere a las causales antes indicadas, incurre en falta que debe enmendarse por la vía disciplinaria». (Corte Suprema, 11 de mayo de 1981, t 58, sec. 2.ª, p 98).

En otra sentencia, este tribunal señaló que: «Procede el recurso de casación contra sentencia dictada por un juez árbitro cuando el contrato de donde emane su nombramiento es falso, aunque en el compromiso se renuncia al recurso de casación, ya que la falta de competencia o jurisdicción es de orden público» (Corte Suprema, 18 de octubre de 1961. R., t, 58, sec. 2.ª, p.98).

Octavo: Que lo anterior resulta de toda lógica, puesto que cuando la sentencia de los árbitros excede los límites del compromiso, cuestionamiento al que apuntan las causales de casación en la forma por incompetencia y por *ultra petita*, no es admisible la renuncia a dicho recurso, aun cuando las partes así lo hubieren acordado, ya que tal acto solo puede referirse a las cuestiones que expresamente se han sometido al conocimiento del árbitro, y en relación a otras no puede suponerse la voluntad de renunciar a él.

Noveno: Que en el caso *sub lite* se ha planteado un recurso de casación en la forma fundado en la causal cuarta del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, cuyo reproche central dice relación con la circunstancia de haberse excedido el juez árbitro al resolver la controversia extendiéndose a puntos no sometidos a la decisión del tribunal, siendo esta hipótesis conocida como *extra petita*.

Décimo: Que, por otro lado, no puede soslayarse que en este caso en particular las partes se sometieron al Reglamento procesal de arbitraje nacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la CCS, cuyo artículo 40 indica: «No procederá recurso alguno en contra de la sentencia definitiva, entendiéndose que las partes renuncian a todos aquellos recursos que por ley fueran renunciables, salvo que las partes expresamente pactaren la procedencia de recursos en su contra, sea para ante un Tribunal Arbitral de segunda instancia o para ante la Corte de Apelaciones respectiva». Lo anterior reafirma que los intervinientes aceptaron de común acuerdo y en el ámbito de sus facultades que la renuncia a los recursos no se extendía a aquellos que por ley fueran irrenunciables.

En materia de arbitraje comercial internacional regulado por la Ley 19.971 (LACI) los remedios procesales se encuentran dispuestos durante el proceso y con un único recurso, de carácter extraordinario, como es el de anulación. Primero hay bases diferentes, ya que hay un reconocimiento explícito a un deber de abstención de los tribunales judiciales de modo que no pueden intervenir en el proceso, salvo derivación expresa de la ley.

Así el artículo 5 de esta ley manifiesta que «en los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo disponga». El tribunal arbitral pasa a tener prioridad para resolver todas las cuestiones procesales que se dieron durante el juicio. Esto tiene una lógica fundada en que el arbitraje comercial internacional es el foro natural de las disputas internacionales. Las partes de una relación jurídica que tiene más de un factor de internacionalidad van a preferir siempre un foro independiente y desvinculado del local de alguna de ellas.

Partiendo de esta restricción a la intervención de los tribunales estatales —establecida en favor de la voluntad de las partes que expresaron su deseo de resolver sus conflictos por medio de arbitraje— encontramos otras manifestaciones de protección. Primero, cuando hablamos del respeto al derecho al juez natural se ordena a los tribunales ordinarios remitir a las partes a arbitraje cuando el asunto que se ha presentado a su conocimiento tiene una cláusula arbitral, a petición de cualquiera de ellas. Lo interesante de esta norma es que no se genera un incidente de incompetencia: es una instrucción precisa, no da lugar a discusión, es imperativo para el juez ordinario. La única excepción es que el acuerdo de arbitraje sea nulo, ineficaz o de ejecución imposible (artículo 8.1 de la LACI).



Correlativamente, así como el árbitro tiene una prioridad frente a la justicia ordinaria, también se cautela el derecho al juez natural para aquél litigante que estime que el árbitro es incompetente. El artículo 16.2 le permite oponer una excepción de incompetencia, ante el árbitro, ya porque contesta absolutamente la competencia del compromisario (por ejemplo, si reclama que la cláusula arbitral es nula o inejecutable), ya porque alega que el tribunal arbitral ha excedido su mandato. Se aplica aquí el llamado principio de *kompetenz-kompetenz* o competencia-competencia, contemplado en la primera parte del artículo 16.1 de la LACI, según el cual es el propio árbitro quien decide sobre su propia competencia: «El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje». Esto marca una gran diferencia con el arbitraje doméstico, donde a falta de norma expresa, la jurisprudencia ha optado, erróneamente a nuestro juicio, por desestimar este principio, excluyendo la competencia del árbitro para pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con la existencia o nulidad del acuerdo de arbitraje.

Como es el propio árbitro quien resuelve sobre su competencia, la LACI cautela los derechos de quien se siente afectado y le permite solicitar la intervención del denominado juez de apoyo.¹⁰⁹ En dicha ley este es el presidente de la Corte de Apelaciones respectiva. De esta manera el artículo 16.3 determina que:

Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del presidente de la respectiva Corte de Apelaciones que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.

Este derecho también se cautela con el recurso de anulación en contra del laudo, que se interpone ante la Corte de Apelaciones respectiva, en

109 El concepto de juez de apoyo es ampliamente aceptado por la doctrina arbitral. Es el tribunal estatal que presta auxilio al procedimiento arbitral para evitar que se bloquee por la inactividad o la incidencia de una de las partes. En los Estados que han incorporado la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL), como en el caso de Chile, el juez de apoyo va a variar. Puede ser un tribunal de primera instancia o una corte superior.

particular si se funda en las causales del artículo 34.2, letra a), números i), iii) y iv):

Artículo 34. La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral.

1. Contra un laudo arbitral solo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los numerales 2) y 3) de este artículo.
2. El laudo arbitral solo podrá ser anulado por la respectiva Corte de Apelaciones cuando:
 - a) La parte que interpone la petición pruebe:
 - ii. Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado, o
 - iii. Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo se podrán anular estas últimas, o
 - iv. Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.

Como se ve, las causales señaladas tienen relación directa con la elección de las partes en torno a su juez natural. Cualquier acción del árbitro que afecte ese derecho, podrá ser enmendada, ya por parte del juez de apoyo o por el fallo del recurso de anulación por la Corte de Apelaciones competente.

Independencia e imparcialidad de los árbitros

Un segundo tema relevante relacionado con el debido proceso es la independencia e imparcialidad de los árbitros. Es un elemento esencial de la jurisdicción y una garantía fundamental. En el arbitraje cobra mayor importancia dado que se trata de jueces transitorios, que no tienen dedicación exclusiva a la función judicial, como sí lo tienen los magistrados permanentes.



En arbitraje doméstico no es discutido que se aplica a los compromisarios, en tanto jueces, las mismas causales de implicancia y recusación que para los jueces permanentes. Sin embargo, basta con leerlas para establecer que son insuficientes por su formulación ya que no están pensadas para los árbitros, que por definición ejercen una función jurisdiccional de forma transitoria. Y que cuando no son árbitros son personas que se mueven en el mundo, contratan libremente, ejercen profesionalmente como abogados,¹¹⁰ no están sujetos a declaraciones de intereses y de patrimonio en su vida diaria, ni a leyes de *lobby* y a todos los otros controles a los que puedan estar sujetos los magistrados.

La modalidad de designación, como base, es esencial para cautelar la independencia e imparcialidad de los potenciales árbitros. La base será siempre el acuerdo de arbitraje, que puede indicar (o no) la forma en que se designará a los compromisarios. En nuestro caso tenemos dos regímenes: uno para el doméstico y otro para el arbitraje internacional, pero en ambos la base será el acuerdo de las partes.

En el arbitraje doméstico nos sometemos a las reglas que otorga el COT. En particular, el artículo 232 dice que deben designarse con el consentimiento unánime de todas las partes involucradas. A falta de acuerdo, será la justicia ordinaria siguiendo el procedimiento establecido para los peritos. También las partes, en la cláusula arbitral, pueden establecer que sea un tercero quien designe. Por ejemplo, en la cláusula modelo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago se consigna que «Las partes confieren poder especial irrevocable a la Cámara de Comercio de Santiago A.G. (CCS), para que, a petición escrita de cualquiera de ellas, designe a un árbitro arbitrador de entre los integrantes del cuerpo arbitral del CAM Santiago». El Centro Nacional de Arbitrajes (CNA) propone incorporar en sus cláusulas que «el CNA deberá designar al árbitro en conformidad con el procedimiento indicado en dicho reglamento, otorgando los comparecientes mandato irrevocable al CNA para este efecto».

Otras cláusulas remiten a los procedimientos de designación por referencia a un reglamento, como lo hace la Cámara de Comercio Internacional: «Todas las controversias que deriven del presente contrato o que

110 La referencia es a los árbitros que fallan conforme a derecho, pues es requisito que detenten el título de abogado. Si son designados como arbitradores no deben cumplir otras obligaciones que las del artículo 225 inciso primero del COT.



guarden relación con este serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este reglamento». En ellos es el reglamento el que determina la modalidad de nombramiento y las formas que existen para desbloquear la oposición u omisión de las otras partes.

Cualquiera sea la modalidad de designación, esta debe ser equilibrada para garantizar la independencia e imparcialidad del árbitro. En efecto, podría ocurrir que la o el árbitro designado no tenga ningún prejuicio o motivo para ser recusado. Pero si su nominación ha sido fruto de un mecanismo que no parece justo en su formulación —aun cuando haya sido acordado por las partes o— a falta de acuerdo, determinado por defecto por el legislador; terminará por manchar la constitución del tribunal. Un ejemplo de cómo el legislador impide un desequilibrio entre las partes a la hora de designar un árbitro es el caso que se contemplaba originalmente en el artículo 16 de la Ley 19.486 de protección de derechos de los consumidores. Dicha norma busca cautelar la equidad en las estipulaciones de los contratos de adhesión. Previo a la reforma de 2021, el artículo 16, sin prohibir el arbitraje, impedía al proveedor designar al árbitro en el contrato y, en el caso de hacerlo, el consumidor podía recusarlo sin expresión de causa. También mantenía el derecho a recurrir igualmente a la jurisdicción común en vez de la arbitral pactada en el contrato de adhesión. El actual texto de la Ley de protección de derechos del consumidor¹¹¹ eliminó esa disposición y la trasladó al artículo 3, pero con una redacción diversa, aunque manteniendo su espíritu.¹¹²

111 DFL número 3 del Ministerio de Economía, de 31 de mayo de 2021, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Texto disponible en <https://bcn.cl/2pv9x>.

112 Ahora se establece como derecho del consumidor en el artículo 3 letra g) el acudir siempre ante el tribunal competente conforme a las disposiciones establecidas en esta ley. Prosigue señalando que el proveedor debe informar al consumidor de este derecho al celebrar el contrato y en el momento de surgir cualquier controversia, queja o reclamación. Luego, toda estipulación en contrario constituye una infracción y se tendrá por no escrita. Aparece así que, en principio, ya no podría pactarse *ex ante* arbitraje, o al menos definirse como método único para la resolución del conflicto. Eso se reafirmaría en el mismo literal cuando se determina que la mediación, conciliación o arbitraje únicamente podrían pactarse una vez surgido el conflicto.



Kurkela y Turunen (2010: 109) estiman que, si el mecanismo de designación del panel arbitral pactado por las partes es muy desequilibrado, el acuerdo puede resultar injusto en su formulación y, por ende, ser calificado de irracional desde el punto de vista de una de las partes. El acuerdo de arbitraje y, consecuentemente, la jurisdicción del tribunal, podrían impugnarse bajo esos fundamentos aun cuando el árbitro no tenga claramente un prejuicio o sea parcial. Los fundamentos de esta impugnación radican entonces en el acuerdo de arbitraje y no en el árbitro como individuo. Sostienen que, por tanto, les parecería falsa una defensa que se funde únicamente en que los árbitros son independientes e imparciales, sin considerar en esa calificación el procedimiento de su nombramiento.

En nuestro derecho tenemos dos regímenes de designación a falta de estipulación expresa de las partes. Si ellas no han determinado ni la persona del árbitro, ni su mecanismo, en el arbitraje doméstico quedará entregada al juez competente la nominación del compromisario. La ley remite a tal fin al procedimiento de designación de peritos, según el cual deberá citar a las partes a un comparendo en el que, de no llegar estas a acuerdo, la designación la hará el juez o jueza. Como aplicamos las normas de los peritos, el juez o jueza deberá obviar los dos primeros nombres que hayan propuesto las partes, de haber concurrido con algún candidato.

Hay un problema operativo en este procedimiento, ya que se trae a un procedimiento que parte como una gestión contenciosa (no es propiamente tampoco una demanda) que por su naturaleza se incorpora en el CPC dentro del término probatorio. Es innegable que esta forma de designación lleva casi un siglo, pero no por ello es la apropiada. Si de verdad hay controversia sobre si corresponde o no designar un árbitro, no hay una verdadera oportunidad de poder discutirlo. Tampoco hay recursos en contra de la designación, ya que el CPC lo limita a la formulación de objeciones que se refieran a eventuales inhabilidades de la o del árbitro designado y en un plazo diverso de aquel para impugnar sentencias.

La Corte Suprema por vía de auto acordado procuró ordenar el proceso de designación de árbitros, mediante el acta 128-2015.¹¹³ Quizás la mayor innovación fue la creación de un registro de árbitros con una

113 Acta 128 de 2015 de la Corte Suprema de 17 de agosto de 2015. Disponible en <https://bcn.cl/2whnp>.



duración bimensual por cada Corte de Apelaciones del país. Los jueces que sean requeridos por las partes para nombrar árbitros deberán nominar «preferentemente» a aquellos candidatos que se encuentren en el respectivo registro. Ese registro es público y se encuentra a disposición de las partes en la página web del Poder Judicial.¹¹⁴ El auto acordado también establece criterios a ser considerados por los jueces a la hora de designar árbitros:

Artículo 7. Criterios para la designación de árbitros en los tribunales ordinarios. Los tribunales ordinarios que tuvieren a su cargo la designación de un árbitro en un caso particular cuidarán de observar especialmente los siguientes criterios:

- a) El juez designará, preferentemente, a aquellos árbitros que estén inscritos en el registro confeccionado de acuerdo a los artículos anteriores.
- b) El tribunal deberá propender a la designación del árbitro que mejor sirva a la naturaleza del caso, atendiendo para ello a la especialidad declarada en la nómina.
- c) En la designación, el tribunal deberá procurar especialmente la alternancia entre los árbitros que figuren en la nómina respectiva.

En arbitraje internacional la situación es distinta, partiendo de la base de que, a falta de acuerdo en el número de árbitros, serán tres: uno designado por la demandada, otro por la demandante y el tercero, que preside el tribunal, será elegido por sus coárbitros.¹¹⁵ Pero como ese es el escenario ideal, el legislador se puso en el evento de que no haya colaboración de una de las partes, cuando el tercero designado para el nombramiento¹¹⁶ no actúa en consecuencia o los coárbitros no pueden llegar a acuerdo en el presidente del tribunal. Se debe recurrir entonces

¹¹⁴ Listado de todos los registros, separados por Cortes de Apelaciones disponible en <https://bit.ly/44bZ2Vw>.

¹¹⁵ Como la realidad va más rápido que los cambios normativos, ya otras leyes de arbitraje han determinado la manera en que se designa un árbitro ante una pluralidad de demandados o demandantes, de modo de cautelar para todas el debido proceso en la fase de nominación.

¹¹⁶ Este tercero puede ser la entidad administradora del arbitraje, por haberse remitido las partes a su reglamento para el proceso arbitral. Pero también pueden las partes optar por un arbitraje *ad hoc*, es decir, sin un centro de arbitraje que les facilite las reglas, y aun así estas han designado a un tercero (persona o entidad) para que designe al árbitro o árbitros. En arbitraje comercial internacional a este tercero se le llama autoridad de nominación.



al presidente de la Corte de Apelaciones respectiva, quien hará la designación en estos casos (artículo 11.3 de la LACI).

En todo caso, para una buena administración de justicia y respeto de las garantías del debido proceso, los árbitros deben ser independientes e imparciales y mantener tal condición durante todo el proceso.

Quizás a nivel interno, la LACI es más explícita y amplia, al tener causales genéricas de inhabilidad para los árbitros, pero por sobre todo, al consagrar el deber de revelación del árbitro. De acuerdo con el artículo 12.1 de la LACI impone la obligación al potencial árbitro de informar a las partes acerca de «todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia». La calificación acerca de cuáles son esas circunstancias particulares no descansa en la apreciación subjetiva que pueda tener el todavía candidato a árbitro, sino que debe ser ponderada de manera objetiva.¹¹⁷

El deber de revelación es permanente. No se agota en las etapas previas al nombramiento. El mismo artículo 12.1 expresa que «el árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas».

El deber de revelación va de la mano con la presunción de renuncia del derecho a objetar que contempla el artículo 4 de la LACI: «Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de esta ley de la que las partes puedan

117 En el arbitraje es común recurrir a instrumentos de *soft law*, es decir, instrumentos normativos que no son fruto de la actividad legislativa de un Estado. Pueden provenir de organismos interestatales, como la CNUDMI, o la UNIDROIT (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado), pero también privados, como la International Bar Association (IBA). Esta última ha dictado varias guías que ayudan a facilitar la conducción del arbitraje, entre ellas, las Directrices IBA sobre conflictos de intereses en arbitraje internacional de 2014. (disponible en español en <https://bit.ly/3XvomEn>). Las mencionadas directrices dividen los conflictos de interés en cuatro categorías: verde (no hay potencial conflicto), amarillo o naranja (debe revelarse debido a que son casos dudosos), rojo renunciable y rojo irrenunciable (casos en que podría haber conflicto de interés, pero que eventualmente, al ser conocidos de las partes al ser revelados, pueden renunciarse o no).

Al no tener el carácter legal, los tribunales arbitrales pueden remitirse a ellos por referencia hecha por las partes en la cláusula arbitral o en un acto procesal posterior, como el acta de misión o las bases de procedimiento. De este modo tendrán aplicación convencional. A nivel internacional los tribunales judiciales, si bien no las suelen aplicar de manera directa, sí las han considerado como referencia en sus fallos.

apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar».

Por tanto, si el árbitro potencial o confirmado pone en conocimiento de las partes alguna de las circunstancias que pudieran generar dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad y estas no deducen recusación, se entiende que ellas han renunciado a ese derecho.

Entrando al campo de la recusación,¹¹⁸ el artículo 12.2 determina una causal genérica y no tasada, a diferencia del arbitraje doméstico:

Un árbitro solo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.

La recusación no entraña la suspensión del procedimiento y es de conocimiento del propio tribunal arbitral.¹¹⁹ Una vez más tenemos que dar cuenta que en el arbitraje hay una lógica distinta a un proceso judicial. Hay, por lo demás, en el ya citado artículo 4 una prohibición de intervención de los tribunales ordinarios, por cuanto se procura privilegiar la voluntad de las partes de ocurrir al arbitraje por sobre demoras que puedan dilatar la decisión del árbitro.

De todos modos, se cautelan los derechos del litigante que se siente afectado por la negativa del árbitro de declarar su inhabilidad. El artículo 13.3 de la LACI dispone que:

Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del numeral 2) [del artículo 13], la parte recusante podrá pedir, dentro de los treinta días siguientes

118 Los casos de implicancia se entienden incorporados al concepto genérico de recusación.

119 En arbitraje comercial internacional, a diferencia del doméstico, a falta de estipulación serán tres los compromisarios. Cuando hablamos del tribunal arbitral como órgano competente para conocer de la recusación nos referimos a los tres miembros del tribunal, incluido el sujeto de recusación. Por cierto, si fuera un tribunal unipersonal, será el propio árbitro recusado quien determine si procede o no su inhabilidad.



al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación, al Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje, que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será inapelable; mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo.

También queda resguardada, ya que podría interponer un recurso de anulación, fundada en el artículo 34 a) iv), esto es «que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley». También se puede considerar que un fallo dictado por un juez parcial es contrario al orden público, pudiendo fundarse inclusive en el artículo 34 letra b) i).

El respeto al principio de contradictorio y la igualdad de armas en el arbitraje

Podríamos detenernos en muchos otros casos relativos al debido proceso en el arbitraje, pero lo haremos en los más relevantes. Tanto en arbitraje doméstico como internacional es imperativo el respeto al contradictorio o bilateralidad de la audiencia. Supone que ambas partes hayan sido emplazadas, primero y si corresponde, para la selección de él o de los árbitros que resolverán el conflicto: Luego, de ser procedente, para determinar las reglas de procedimiento e. Y, finalmente, para plantear el asunto de fondo y presentar la evidencia que sirva para sustentarlo. El principio que debe imperar aquí es el de igualdad de partes en el juicio. Según González de Cossio (2018: 625 y 626):

Este principio implica que, durante todo el procedimiento arbitral, y no importando el paso o etapa de que se trate, las partes deben enfrentarse el uno al otro en un plano que no presente situaciones que beneficien a una de las partes u obstaculicen a la otra. [...] La aplicación de este principio tiene efectos prácticos importantes; implica que no puede permitirse a una parte ofrecer una prueba que no se le permita a la otra, no debe darse un plazo más amplio para una de ellas si no se da también a la otra, no puede permitirse que una alegue y la otra no, y, en suma, no puede darse trato alguno diferente a las partes.



El principio de contradictorio en arbitraje, según lo ha dicho la Corte de Apelaciones de París¹²⁰ —que es el tribunal competente en Francia para conocer del recurso de anulación— exige únicamente que las partes hayan podido dar a conocer sus pretensiones, tanto de hecho como de derecho, y que hayan podido discutir aquellas presentadas por su adversario, de tal manera que nada de lo que ha servido para fundar la decisión de los árbitros haya escapado del debate contradictorio. Señala también que el principio de contradictorio asegura la lealtad del debate y el carácter equitativo del proceso y que de él deriva también la imposibilidad de invocar de oficio motivos de hecho o de derecho sin que las partes hayan sido previamente llamadas a comentarlos.

En la especie, una de las partes dedujo recurso de anulación fundado en que la sentencia se había dictado en contravención al principio contradictorio o de bilateralidad y, en particular, por infracción al orden público,¹²¹ causal contemplada en el número 4 del artículo 1520 del Código de procedimiento civil francés.¹²² Según la recurrente se habría negado el principio del contradictorio al haber invocado el laudo motivos o pretensiones jurídicas de oficio, que no fueron alegados por las partes.

En este último punto la Corte sostiene que el recurso considera que el árbitro, —al pronunciarse sobre la demanda de pagos de las facturas en cuotas— y fundamentar que su rechazo se debía a que no contaba con facultades de amigable componedor, excedió su mandato. Esto porque trajo al debate motivos que no fueron invocados por las partes ni discutido con ellas. Esto, a su juicio, vulneraría el principio de contradicción.

120 Corte de Apelaciones de París, 19 de octubre de 2021, Pòle 5-Ch.16, Société Magpower Soluções de energia et outro c/ SAS Heliotrop. Sentencia en recurso de anulación (rechazado). Nota de comentario al fallo en Weiller, 2022.

121 El orden público que, según la mayoría de los tratadistas, es de difícil determinación, incluye en el arbitraje aspectos sustantivos y procesales. Entre estos últimos, la protección de garantías del debido proceso, por ejemplo. Eso sí, ante un arbitraje internacional, algunas jurisdicciones procuran no confundir sus normas de orden público internas con aquellas que tienen una vocación internacional, pues consideran que los laudos dictados en el contexto de un arbitraje comercial internacional responden a un sistema diverso, que no está necesariamente vinculado a un sistema jurídico interno. Como se puede apreciar en nuestra LACI, aunque copiamos casi literalmente la Ley Modelo de la CNUDMI, en el caso concreto del artículo 34 número 2 letra b ii) se hace referencia directa al «orden público de Chile».

122 «Artículo 1520. El recurso de anulación solo podrá interponerse si: [...] cuarto: no se ha respetado el principio de debate contradictorio».



La Corte rechaza esta motivación del recurso de anulación y afirma que el árbitro se limitó a fundamentar su rechazo a la pretensión, la cual, a su vez, fue parte de la demanda: no constituye una invocación de oficio de motivos ajenos al juicio sino una motivación para responder a una pretensión contenida a la demanda. Luego, da cuenta de que la recurrente lo que está haciendo realmente es criticar el fondo de la decisión contenida en el laudo, por medio de la solicitud de revisión del fallo arbitral, y que dicha actuación le está vedada a los jueces de la anulación.

En cuanto al segundo motivo del recurso de anulación, fundado en vulneración al orden público, podría ser entendible visto desde fuera.¹²³ La recurrente alegó en su recurso que pidió la reprogramación de una audiencia en la que se rendiría una prueba testifical y se harían alegatos finales. Petición que fue rechazada por el tribunal arbitral. La audiencia se llevó a efecto con la sola presencia de una de las partes y en ausencia de aquella que solicitó su suspensión. La pretendida afectada reclamó que no había tenido oportunidad de contrainterrogar al testigo y que esto se tradujo en que el laudo arbitral se fundó extensamente en las declaraciones de este, perjudicando con ello su caso. Aquí la Corte de Apelaciones de París, más que entrar al fondo de la decisión contenida en el laudo, cuestión que, como se ha dicho, está vedada a los jueces de la anulación,¹²⁴ revisó los comportamientos procesales de la parte recurrente durante el juicio. Primero recuerda que:

43. Sin embargo, el control que ejerce el juez de la anulación para la defensa del orden público internacional se limita solamente a examinar si la ejecución de las resoluciones adoptadas por el tribunal arbitral afecta de manera manifiesta, efectiva y concreta los principios y valores comprendidos dentro del orden público internacional.

44. En la especie, de una parte, tratándose de la violación del orden público internacional por no haberse respetado el principio contradictorio, aparece del laudo recurrido que el tribunal ya resolvió sobre la petición de reprogramación de la audiencia y que la rechazó por una decisión exenta de críticas y que la Corte ha, por los motivos antes expresados, ya rechazado como causal de nulidad por violación del contradictorio,

123 Se fundó en la causal 5 del artículo 1520: que «el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público internacional».

124 Es preciso advertir a los y las lectoras que en un recurso de anulación los jueces del control no pueden calificar los fundamentos del laudo arbitral. Se deben limitar a verificar si concurre alguna de las causales establecidas en la ley.



y no puede, ahora, ser fundamento de una violación al orden público internacional.

45. Las sociedades Magpower confunden la violación al derecho a defensa con el desconocimiento de la igualdad de armas, al afirmar que llevar a cabo una audiencia con la sola presencia de la demandada y de su testigo, el árbitro único ha manifiestamente roto la igualdad de armas, viola el derecho a defensa y, por tanto, el orden público internacional.

46. La igualdad de armas, que constituye un elemento del proceso equitativo y que está protegida por el orden público internacional, implica la obligación de ofrecer a cada parte una posibilidad razonable de presentar su caso —comprendiendo en él su evidencia— en condiciones que no la ubiquen en una situación sustancialmente desventajosa en comparación con su adversario.

47. De otro lado, el principio de igualdad de armas que surge del orden público internacional de protección admite que las partes puedan renunciar a sus beneficios.

48. En la especie, no resulta de la sentencia impugnada que las sociedades Magpower se hayan encontrado en una situación sustancialmente desventajosa en relación con la sociedad Héliotrop, desde que el árbitro consideró, por motivos exentos de crítica, que ellas mismas se pusieron, de manera deliberada, en situación de no poder asistir a la audiencia.

Para González de Cossío, el principio del contradictorio del debido proceso aplicado a la presentación de evidencia tiene una importancia radical. «Exige el respetar el derecho de presentar las pruebas que se consideren pertinentes para juzgar un asunto. Sin embargo, dicho derecho no es ilimitado. Las pruebas deben ser pertinentes, ofrecidas a tiempo y en la forma correcta. Corresponderá a los árbitros, y no al juez, determinar si la prueba es admisible y puede ser administrada». Para asegurar el debido proceso, que se asocia en este caso al derecho a la audiencia y al contradictorio, «cada una de las partes debe tener la oportunidad de conocer las pruebas presentadas por la otra parte y pronunciarse sobre las mismas. Ninguna prueba puede admitirse al expediente sin darle el derecho a la contraparte de comentar la misma» (2018: 628).

Resulta esencial para el árbitro estar consciente de que una de sus misiones es dictar un laudo que sea ejecutable, y eso implica evitar cualquier vicio que pueda dar lugar a alguna causal de anulación del laudo. Siendo entonces vital el respeto al debido proceso, que fluye en prácticamente todas las causales de nuestro artículo 34 de la LACI, el árbitro



debe incluso actuar de oficio para cautelar su respeto dentro del proceso. Eso sí, debe resguardar de no sobrepasar los límites de preclusión del ejercicio de derechos que da el artículo 4 de dicha ley, por el cual se entiende renunciado el derecho a objetar si la parte afectada no alega una infracción al procedimiento dentro de un término oportuno.

Sin duda son muchos más los temas que ligan al arbitraje con el debido proceso, pero quedarán para una próxima oportunidad. Sí queremos reafirmar que el respeto al debido proceso en el arbitraje pasa a su vez por el respeto que la jurisdicción ordinaria debe tener por la elección que las partes han hecho al recurrir al arbitraje. Debe, por tanto, y sobre todo en el arbitraje doméstico, aplicar el principio de *kompetenz-kompetenz*, y permitir al árbitro conocer con prioridad —a la jurisdicción ordinaria— todas aquellas cuestiones que deriven de la existencia o validez de la cláusula arbitral. No podemos tener criterios diversos para una misma problemática jurídica, aun cuando en un caso haya norma expresa y en otro no.



Capítulo 6

El debido proceso en los procedimientos administrativos

La administración del Estado se expresa por medio de actos administrativos. El artículo 3 de la Ley 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos dice que «se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública». En su inciso final se expresa que los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios. Esto desde su entrada en vigor lo que autoriza su ejecución de oficio por la autoridad administrativa. Pero, eventualmente puede suspenderse en dos casos: porque la autoridad administrativa lo disponga, mediante orden de suspensión, como parte del procedimiento de impugnación (administrativa) de dicho acto; o bien —y en lo que nos interesa para este trabajo— por orden de un juez o jueza conociendo por la vía jurisdiccional.

Existen órganos de la administración que al resolver determinadas cuestiones pueden ejercer funciones jurisdiccionales. Un caso es cuando la administración ejerce actos de control y de sanción. Es importante precisar que este hecho no los transforma *per se* en tribunales, como lo ha dicho la Corte Suprema, incluso en casos donde la ley refiere expresamente a ellos como jueces. Así lo ha dicho, por ejemplo, respecto de las funciones encomendadas al intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, a quien la ley ha definido como «juez árbitro arbitrador»:

Cuarto: Que, en primer término, se ha de resolver la alegación formulada por la parte recurrida, en el sentido de que la petición hecha por el actor ha sido decidida a través de una sentencia pronunciada por el intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud actuando como juez árbitro arbitrador y, por consiguiente, como un tribunal especial establecido por la ley en el artículo 117 del Decreto con Fuerza de Ley número 1, de 2005, de Salud.



Quinto: Que al respecto cabe consignar que la sola calificación que efectúa la ley en torno a la calidad de juez árbitro arbitrador del intendente de Fondos y Seguros Previsionales no lo transforma o constituye de inmediato en un tribunal especial, a la vez que tampoco lo priva de su calidad de autoridad administrativa, de modo que deba entenderse que ha de ser incluido en el sistema judicial.

Sexto: Que, en efecto, un funcionario que ejecuta parte de la potestad administrativa sin estar sujeto a los principios de imparcialidad e independencia carece de las cualidades esenciales de un tribunal, aun cuando la ley lo nomine como tal, puesto que desconoce la necesaria observancia de elementos fundamentales que configuran la actividad jurisdiccional común, de modo que no puede confundirse entre la actividad administrativa que ejecuta y la jurisdiccional que se le asigna, al tratarse de un órgano que no concentra los elementos mínimos de esta.

Séptimo: Que, desde una perspectiva general, los elementos que conforman a todo tribunal se expresan primariamente en el contexto de una potestad pública decisoria delegada a un órgano del Estado, que en los sistemas modernos se ha asentado en los tribunales, así lo hace la Constitución Política de la República y el Código Orgánico de Tribunales, que identifican al órgano jurisdiccional en el tribunal o juez, sujetos a principios, requisitos y características esenciales que los distinguen de otros poderes del Estado, producto del resultado y evolución histórica de la división de poderes. De esta forma, lo que caracteriza y constituye la razón de ser de la jurisdicción es, precisamente, la intervención de un tercero que impone frente a las partes una solución al conflicto planteado y que, dada su condición de imparcial, debe ser ajeno al litigio.

Octavo: Que, además, se debe considerar que la imparcialidad es uno de los atributos esenciales de la justicia que se manifiesta en la distancia absoluta de los intereses que concretamente persiguen los sujetos que operan dentro del proceso, garantía que además se controla mediante la supervigilancia que ejercen sobre estos los tribunales superiores de justicia, función desempeñada de forma exclusiva por los tribunales establecidos por la ley, según dispone el propio artículo 76 de la Constitución Política de la República, por cuanto se les reserva el ejercicio de la jurisdicción marginando de esta forma a otros órganos del Estado.

Noveno: Que la asignación a la autoridad administrativa de una supuesta función jurisdiccional no goza de la imparcialidad ni de la independencia necesarias que garanticen una verdadera resolución del conflicto, adoleciendo en ciertos casos de contradicción de pretensiones cuando, por ejemplo, en materia tributaria gira y ejecuta tributos, conociendo



y resolviendo las defensas deducidas por los contribuyentes; es decir, cuando un órgano que tiene atribuido ejecutar funciones públicas por medio del procedimiento administrativo y, a su vez, presenta intereses en la disposición de pretensiones del proceso que debe resolver, no puede considerarse que constituya un tribunal ni menos que ejerza jurisdicción, configurando, antes bien, un sujeto con la aptitud necesaria para solucionar un conflicto mediante una nominal función jurisdiccional, que excluye a las partes del litigio para ejercer tal función, advirtiéndose un interés y parcialidad propia de los órganos administrativos manifestada en el conocimiento de la reclamación jerárquica, sin olvidar que, la autoridad administrativa, aun cumpliendo funciones jurisdiccionales otorgadas por el legislador, sigue estando funcionalmente destinada, al menos, a satisfacer el fin de interés general perseguido por el Estado.

Décimo: Que, en consecuencia, un tribunal funcionalmente dependiente de un órgano administrativo no puede ser considerado propiamente un tribunal de aquellos a que se refiere el artículo 76 de la Carta Fundamental, en quienes se radica la resolución de las controversias y la protección de garantías, razones que obligan a desechar la primera alegación efectuada por la parte recurrida.¹

Pero más allá de esta precisión hecha por la Corte Suprema, se reconoce transversalmente que la administración puede y ejerce funciones jurisdiccionales. La propia Constitución hace un reconocimiento implícito de aquello en el inciso sexto del número 3 del artículo 19: «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». Al referir en términos amplios a «un órgano que ejerza jurisdicción» el constituyente reconoce que hay órganos distintos de los tribunales que ejercen funciones jurisdiccionales. En caso contrario hubiera sido explícita en designar a los tribunales, limitando el ejercicio de la función jurisdiccional.

Sobre este punto, Ponce Salucci recalca que la Comisión de estudios para la nueva Constitución, en particular en su 103.^a sesión, dejó establecido que por «todo órgano que ejerza jurisdicción» debía entenderse a «todo órgano que resuelva una controversia en el orden temporal, o

¹ Sentencia Corte Suprema de 12 de noviembre 2019, ingreso rol 18.587-2019 y Sentencia Corte Suprema de 30 de noviembre de 2021, ingreso rol 60.526-2021, ambas pronunciadas como tribunal de apelación en acción de protección.



tribunales ordinarios, administrativos, Contraloría General de la República, Impuestos Internos, arbitral, etcétera» (2013: 216). Por tanto, se incluyen en el artículo 19 número 3 inciso sexto de la Constitución, los órganos de la administración del Estado que se encuentren legalmente habilitados para resolver conflictos a través de sus resoluciones. El Tribunal Constitucional también ha precisado que, cuando el constituyente se refiere a una «sentencia de un órgano jurisdiccional», debe interpretarse de manera amplia. Primero, se extiende a todo ejercicio de la jurisdicción, realizado por cualquier órgano a quien la ley faculte para conocer y resolver conflictos de carácter jurídico, sin que importe su naturaleza. Ello incluye, por cierto, a la administración y también a otros órganos de carácter privado que puedan establecer mecanismos para la resolución interna de sus conflictos.² Luego, que por sentencia, no debe entenderse en un sentido restringido, sino a toda resolución que decida una controversia de relevancia jurídica.³

También la Corte Suprema ha confirmado que la administración ejerce funciones jurisdiccionales en numerosos casos. En uno de ellos dijo, refiriéndose a las tesorerías comunales que:

Noveno: Que, además, aun siendo el tesorero comunal una autoridad administrativa, como es bien sabido —esto último— no obsta a que la ley pueda encomendarle el ejercicio de actividad jurisdiccional, y es así que la garantía del debido proceso reconocida en el artículo 19 número 3 inciso sexto de la Constitución Política de la República, comprende no solo a las sentencias emanadas de aquellos tribunales que integran el Poder Judicial tratado en el Capítulo 5 de nuestra Constitución, sino a «toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción». Es decir, la expresión «órgano que ejerce jurisdicción» comprende a cualquier entidad, pública o privada, íntegra o no el Poder Judicial, con competencia para pronunciar el derecho aplicable a un asunto determinado. En ese

2 En cualquier caso, la existencia de estos órganos internos debe estar previamente establecida en los reglamentos o estatutos institucionales para cumplir con las exigencias de un debido proceso y con las competencias bien definidas. Típicos casos de órganos privados de resolución interna son los tribunales de honor, disciplinarios, de calificación de elecciones, etcétera. Todos ellos están igualmente sujetos a control jurisdiccional, como expresión de los artículos 19 número 3 inciso sexto de la CPR y 8.1 y 25 de la CADH.

3 Sentencia Tribunal Constitucional 747, considerando quinto y sentencia Tribunal Constitucional 783, considerando undécimo.



sentido, la frase aludida es más amplia que la utilizada en el artículo 76, inciso primero, de la Constitución, esto es, «los tribunales establecidos por la ley», a los cuales únicamente corresponde el ejercicio de la función judicial, es decir, conocer las causas civiles y criminales, juzgarlas y hacer ejecutar lo juzgado.⁴

Es interesante comprobar que la extensión del principio del debido proceso llega a áreas que, primeramente, no lo contemplan de manera explícita. En cualquier caso, para que la administración pueda ejercer estas funciones jurisdiccionales se requerirá siempre de un mandato legal, en cumplimiento de los principios de legalidad y juridicidad establecidos en los artículos 6 y 7 de la CPR. En el primer artículo se dice que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella; mientras que el artículo 7 prescribe que los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. En su inciso segundo indica que ninguna magistratura ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. La sanción a la contravención de esta disposición es la nulidad del acto, además de las eventuales responsabilidades administrativas.

Habiendo quedado establecido que los órganos de la administración del Estado pueden, previa habilitación legal, ejercer funciones jurisdiccionales, corresponde revisar si es exigible o no aplicar al procedimiento administrativo respectivo los principios y garantías del debido proceso que se han revisado en este trabajo. La respuesta parece evidente a la luz del artículo 19 número 3 inciso sexto.

En los capítulos introductorios habíamos referido que precisamente este inciso es el que remite de manera más directa, aunque no tan explícita, a un debido proceso.⁵ Lo anterior en la medida que ordena al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos. La Ley 18.575 Orgánica Constitucional

4 Sentencia Corte Suprema rol 23367-2018, de 9 de septiembre de 2019.

5 Porque, como se lee, no usa esa misma expresión, sino que habla de garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos.

de Bases generales de la Administración del Estado⁶ (LOCBGAE) sienta en sus primeros artículos los fundamentos de la acción de la administración. El artículo 2 reitera los principios de legalidad y juridicidad de la CPR y el artículo 3 consolida el principio de servicialidad del Estado al que nos hemos ya referido. Ahora bien, en el inciso final de este último se le impone a la administración la observancia de varios principios. En lo que nos interesa se cuentan el de eficiencia, de eficacia, de impugnabilidad de los actos administrativos, transparencia y publicidad de los actos.

El artículo 10 de la Ley 18.575 expresa que los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se habilita así desde ya al administrado o afectado a deducir reposición ante el mismo órgano que dictó el acto impugnado. También podría, si procede, deducir recurso jerárquico ante el superior correspondiente. Lo más relevante es que el legislador deja abierta la opción de entablar «las acciones jurisdiccionales a que haya lugar». La misma ley en su artículo 18 consagra el derecho a un racional y justo procedimiento en favor del personal de la administración, cuando se quiera hacer efectiva su responsabilidad administrativa mediante el ejercicio de la potestad disciplinaria.

Estas disposiciones deben interpretarse en consonancia con las de la Ley 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos. Recordemos que esta se aplica de manera supletoria a las normas especiales que puedan regir para los órganos del Estado. La Ley 19.880 reafirma el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que siempre existirá la protección del órgano jurisdiccional, por vía de control, ante un acto de la administración. Esto se complementa con lo dispuesto en el artículo 20 de la CPR, que habilita a interponer una acción (o recurso) de protección ante las Cortes de Apelaciones cuando exista una acción u omisión que cause privación, perturbación o amenaza al ejercicio legítimo de los derechos que allí se señalan. Claramente, los órganos de la administración del Estado pueden ser recurridos de protección, por sus acciones u omisiones, pero también por acciones o recursos especiales que revisan la legalidad del acto y, por cierto, el respeto al debido proceso que en ellos debe imperar.

Hacemos mención particular a la acción o recurso de protección, puesto que es expresión del derecho al recurso contemplado en el artí-

⁶ DFL número 1/19.563, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.575.



culo 25 de la CADH y porque permite accionar en contra, en este caso, de la administración, sin que excluya otras herramientas de control de los actos (u omisiones) de esta, sean jurisdiccionales o administrativas. Así queda expresamente establecido en la parte final del inciso primero del artículo 20 de la CPR, cuando señala que el ejercicio de la acción de protección es «sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes».

La Ley 19.880 replica —respecto de las actuaciones de los órganos de la administración— muchos de los principios y derechos propios del debido proceso judicial. La cuestión no es menor si consideramos que todo producto derivado de un órgano que ejerza funciones jurisdiccionales debería actuar como un tercero imparcial. Si se revisa el régimen de recursos veremos que ellos reposan en el mismo órgano o en el superior jerárquico de quien dictó el acto original impugnado. Visto desde fuera, resulta al menos dudosa la verdadera independencia e imparcialidad del órgano decisor.

En materia de protección interamericana, la CIDH ha señalado en el caso *Baena Ricardo y otros con Panamá* que las normas contenidas en los artículos 8 y 25 de la CADH son aplicables a las decisiones de la administración que afectan derechos individuales:

124. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula «Garantías Judiciales», su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, «sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales» a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

125. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden «civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter». Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.

126. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que

la actuación de la administración se encuentre regulada, y esta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.

127. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

128. La Corte Europea se ha pronunciado sobre este tema, señalando que:

Los principios enunciados en el párrafo 2 (artículo 6-2) y 3 (a saber, los incisos a, b y d) [de la Convención Europea de Derechos Humanos], se aplican *mutatis mutandis* a los procesos disciplinarios a los que se refiere el inciso 1 (artículo 6-1) de la misma forma en que se aplican a los casos en que una persona es acusada por una infracción de carácter penal.

129. La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso.

130. Los directores generales y las juntas directivas de las empresas estatales no son jueces o tribunales en un sentido estricto; sin embargo, en el presente caso las decisiones adoptadas por ellos afectaron derechos de los trabajadores, por lo que resultaba indispensable que dichas autoridades cumplieran con lo estipulado en el artículo 8 de la Convención.

131. Pese a que el Estado alegó que en Panamá no existía carrera administrativa al momento de los hechos del caso (diciembre de 1990) y que, en consecuencia, regía la discrecionalidad administrativa con base en la cual se permitía el libre nombramiento y remoción de los funcionarios públicos, este tribunal considera que en cualquier circunstancia en que se imponga una sanción administrativa a un trabajador debe resguardarse el debido proceso legal. Al respecto es importante distinguir entre las facultades discrecionales de que podrían disponer los gobiernos para remover personal en función estricta de las necesidades del servicio pú-



blico, y las atribuciones relacionadas con el poder sancionatorio, porque estas últimas solo pueden ser ejercidas con sujeción al debido proceso.

132. En el caso en estudio, el acto administrativo sancionatorio es el contenido en la nota de despido entregada a los 270 trabajadores de las siguientes instituciones estatales: Autoridad Portuaria Nacional, Empresa Estatal de Cemento Bayano, Instituto Nacional de Telecomunicaciones, Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables, Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales, Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación, Ministerio de Obras Públicas y Ministerio de Educación.

133. Las víctimas de esta causa no fueron sometidas a un procedimiento administrativo previo a la sanción de destitución. El presidente de la República determinó que había una vinculación entre el paro de labores de los trabajadores estatales y el movimiento del coronel Eduardo Herrera Hassán y, con base en ello, ordenó que se despidiese a los trabajadores que habían participado en dicho paro, presumiéndose su culpabilidad. Incluso, la forma utilizada para determinar quiénes habían participado en la organización, llamado o ejecución del paro nacional efectuado el 5 de diciembre de 1990, esto es, la identificación del inculpado por parte del directivo de cada institución, utilizando en algunos casos «informes» realizados por diversos jefes de la entidad, significó la negación a los trabajadores de un proceso formal previo a la destitución. Una vez identificado el trabajador que supuestamente había infringido la norma, se procedía a despedirlo mediante la entrega de una carta, sin permitirle presentar alegatos y pruebas en su defensa. Una vez impuesta la sanción, el funcionario público podía solicitar su reconsideración a la misma autoridad que lo había despedido, así como apelar ante el superior jerárquico de dicha autoridad. Sin embargo, consta en el acervo probatorio de este caso que no todos los recursos interpuestos fueron siquiera contestados, lo cual implica una violación al derecho de recurrir.

134. No escapa a la Corte que los despidos, efectuados sin las garantías del artículo 8 de la Convención, tuvieron graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida. No cabe duda que, al aplicar una sanción con tan graves consecuencias, el Estado debió garantizar al trabajador un debido proceso con las garantías contempladas en la Convención Americana.

Cada uno de los principios que informan el procedimiento administrativo están claramente definidos por el legislador en la Ley 19.880.



Aunque todos comparten su común vinculación al debido proceso, nos detendremos aquí en las garantías específicas que fueron objeto de análisis en los capítulos anteriores.

Derecho a un órgano independiente e imparcial

Es evidente que la administración tiene interés en el resultado final del procedimiento (la resolución, sentencia o acto administrativo final) y es ella misma la que decide, a través de uno de sus órganos, respecto de asuntos en los que es parte. Como se ha expresado antes, la CIDH no rechaza y, por el contrario, reconoce y admite que la administración pueda ejercer funciones jurisdiccionales, sin que ello derive en una infracción al derecho a un tribunal (u órgano) independiente e imparcial. La limitación es que en ese procedimiento sancionatorio o de control se respeten las garantías fundamentales de los administrados.

Existe una dependencia, sea jerárquica, sea funcional, entre el Estado y el órgano concreto que debe ejercer funciones jurisdiccionales o de decisión. Además, existe una tensión en el órgano de la administración que ejerce estas funciones jurisdiccionales, toda vez que el inciso cuarto del artículo 1 de la CPR le consagra al Estado, de una parte, el principio de servicialidad centrado en el individuo («el Estado está al servicio de la persona humana») y, por otra, la promoción del bien común como finalidad. No son contradictorios, pero entre el interés individual y el interés colectivo la administración dará preeminencia a este último.

Como lo vimos al inicio de este capítulo, la Corte Suprema ha dicho sin ningún reparo que una autoridad administrativa que cumple funciones jurisdiccionales, aun cuando el legislador declare que actúa como juez árbitro arbitrador, no es una jurisdicción ni menos un tribunal, porque no goza de independencia e imparcialidad:

Decimotercero: Que, la autoridad administrativa dotada de una supuesta función jurisdiccional, no goza de la imparcialidad ni de la independencia necesarias que garanticen una verdadera resolución del conflicto, adoleciendo en ciertos casos de contradicción de pretensiones; es decir, cuando un órgano que tiene atribuido ejecutar funciones públicas por medio del procedimiento administrativo y, a su vez, presenta intereses en la disposición de pretensiones del proceso que debe resolver, no puede considerársele que constituya un tribunal ni menos que ejerza jurisdicción, configurando, antes bien, un sujeto con la aptitud necesaria



para solucionar un conflicto mediante una nominal función jurisdiccional que excluye a las partes del litigio para ejercer tal función, advirtiéndose un interés y parcialidad propios de los órganos administrativos, no debiendo olvidarse que la autoridad administrativa, aun cumpliendo supuestas funciones jurisdiccionales otorgadas por el legislador, sigue estando funcionalmente destinada, al menos, a satisfacer el fin de interés general perseguido por el Estado.

Decimocuarto: Que, en consecuencia, un tribunal funcionalmente dependiente de un órgano administrativo, no puede ser considerado propiamente un tribunal de aquellos a que se refiere el artículo 76 de la Constitución Política de la República, en quienes se radica la resolución de las controversias y la protección de garantías.⁷

A pesar de esta evidencia, el legislador establece el principio de imparcialidad en los actos de la administración, como expresamente se consagra en el artículo 11 de la Ley 19.880. Su inciso primero dispone que: «La administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte».⁸ Esta disposición debe complementarse con el principio de abstención del artículo 12, mediante el cual se ordena a autoridades y funcionarios a abstenerse de participar en actos administrativos si se encuentran en alguno de los supuestos de conflictos de interés que señala la norma.

Entendiendo las falencias propias de la administración como ente decisorio, la independencia e imparcialidad del órgano siempre será objeto

7 Sentencia Corte Suprema de 10 de enero de 2023, apelación en recurso de protección, rol de ingreso número 48.834-2022. Disponible en <https://bit.ly/3QKRBlo>.

8 El artículo 1 de la Ley 20.880 sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses dispone que «el principio de probidad en la función pública consiste en observar una conducta funcionaria intachable, un desempeño honesto y leal de la función o cargo con preeminencia del interés general sobre el particular» (inciso segundo). Luego agrega que «existe conflicto de intereses en el ejercicio de la función pública cuando concurren a la vez el interés general propio del ejercicio de las funciones con un interés particular, sea o no de carácter económico, de quien ejerce dichas funciones o de los terceros vinculados a él determinados por la ley, o cuando concurren circunstancias que le restan imparcialidad en el ejercicio de sus competencias». Se debe interpretar entonces de los artículos 11 de la Ley 19.880 y 1 de la Ley 20.880 que la objetividad que plantea el primero estará siempre condicionada al interés general por sobre el particular. También se puede derivar un deber de abstención del encargado de dictar la resolución o decisión administrativa si existe un conflicto de interés respecto de lo que le toca resolver.

de control, a requerimiento de la parte que se pretende afectada, ya sea por los tribunales o por otro organismo de mayor jerarquía. De manera que, para garantizar de manera efectiva el debido proceso en el ámbito administrativo, siempre tiene que quedar abierta la posibilidad de que las personas puedan recurrir del acto ante la justicia.

En este sentido, Evans de la Cuadra destaca que «cuando las autoridades administrativas dictan resoluciones que afectan derechos de las personas, están ejerciendo un “deber” impuesto por la ley y, por consiguiente, la revisión de los actos por la autoridad judicial no constituye una violación de “derechos” del administrador, sino una cautela de los derechos de los administrados». Esta afirmación es coherente con el principio de servicialidad del Estado, que se expresa tanto en la CPR como en la Ley de Bases de la Administración del Estado.

Resalta Evans de la Cuadra que no se puede considerar que lo propiamente jurisdiccional comienza solo una vez que el acto, decisión o resolución de la administración se impugna ante la autoridad judicial:

El administrador está ejerciendo una función jurisdiccional cuando, por ejemplo, impone sanciones, priva de la administración de bienes a sus dueños, temporal o definitivamente, desconoce el derecho de asociación negando arbitrariamente la personalidad jurídica, etcétera, y el reclamo ante la justicia ordinaria no es más que la continuación de ese proceso jurisdiccional ante un órgano de superior jerarquía. Sostener, por tanto, que “lo jurisdiccional” se inicia con la intervención del tribunal ordinario y negar que las autoridades políticas y administrativas son “órganos que ejercen jurisdicción” cuando afectan derechos de las personas, es un grave error que desconoce la letra, el espíritu y la historia» del artículo 19 número 3 de la CPR (Evans de la Cuadra, 2004: 144).

En síntesis, reconociendo que los órganos de la administración, aun cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, no pueden dejar de ser imparciales, entendidos desde el punto de vista del artículo 11 de la Ley 19.880, que se traducen en una actuación objetiva y de respeto al principio de probidad tanto en la substanciación del procedimiento como en la decisión.



Derecho a defensa, respeto del contradictorio y derecho a la prueba en el procedimiento administrativo

La Ley 19.880 sobre procedimientos administrativos introdujo una manifestación más o menos explícita de uno de los elementos del debido proceso: el derecho a defensa.

La Contraloría General de la República ha sostenido, en diversos dictámenes, que es necesario aplicar los principios fundamentales de un debido, justo y racional proceso a los procedimientos administrativos. En el dictamen 65.120 de 2 de noviembre de 2010 ya declaró la manera en que la administración asegura el debido, justo y racional proceso:

En primer lugar, en armonía con el artículo 6 de la Constitución Política de la República, que consagra el principio de supremacía constitucional, y lo indicado por los dictámenes número 28.226, de 2007 y 62.188, de 2009, ambos de esta Contraloría General, las normas de derecho público referidas a derechos, libertades o garantías de las personas, o que limiten las potestades estatales, deben ser interpretadas extensivamente, razón por la cual, cabe concluir que en la instrucción de los procedimientos aludidos rige plenamente la garantía del debido proceso contenida en el artículo 19 número 3, inciso quinto, del texto constitucional, que exige al legislador «establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos».

Dicha conclusión, por lo demás, ha sido sostenida por una reiterada jurisprudencia administrativa de esta entidad de control, manifestada, entre otros, en los dictámenes números 15.643, de 2007 y 9.499, de 2009.

Luego, es útil acotar que el mandato aludido es impuesto directamente a la autoridad administrativa en el artículo 18, inciso segundo, de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al establecer que la administración deberá ejercer la potestad disciplinaria asegurando el derecho a un racional y justo procedimiento.

Ahora bien, es menester hacer presente que las exigencias de racionalidad y justicia que tanto la Constitución Política de la República como la aludida Ley 18.575 efectúan, suponen que en el desarrollo de los procedimientos tendientes a determinar la concurrencia de responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos, se aseguren las condiciones para que el inculpado pueda desplegar una debida defensa en relación a las actuaciones que se verifiquen, lo que implica garantizar su acceso — personal o por medio de su representante— a las pruebas que se rindan.



En este contexto, una de las formas de materialización del derecho a la defensa es la existencia del principio de contradictoriedad en el marco del procedimiento administrativo, que se encuentra regulado en el artículo 10 de la Ley 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.

La disposición precitada señala, en sus incisos primero, tercero y cuarto, respectivamente, que en cualquier momento del procedimiento los interesados podrán aducir alegaciones o aportar documentos u otros elementos de juicio, que podrán actuar asistidos de su asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses, y que el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto de este principio, prerrogativas reiteradas en el artículo 17, letra f), de la ley precitada, que regula los derechos de las personas en sus relaciones con la administración.

A su vez, con el objeto de cautelar los derechos mencionados, el artículo 36 de la Ley 19.880, señala que la administración comunicará a los interesados con la suficiente antelación el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas, consignando en la notificación el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba.

Efectuadas dichas apreciaciones, y teniendo en cuenta que los artículos recién citados —según lo dispone el artículo 1, inciso primero, de la referida Ley 19.880, y como lo señalaran los dictámenes números 20.119, de 2006 y 39.348, de 2007, de este órgano contralor—, se aplican supletoriamente a los procedimientos administrativos especiales contenidos en leyes, en aquellas materias en las cuales no se ha previsto regulación específica —como sucede en relación al tema consultado, con el Estatuto administrativo—, es dable mencionar que el cumplimiento eficaz del contradictorio en el probatorio dependerá, entre otras medidas, de que el inculpado pueda presenciar la producción de la prueba en el proceso, lo que dada la naturaleza de las declaraciones de testigos, requiere de su observación en el momento en que estas se presten.

Sostener lo contrario, impediría, de igual forma, el uso eficaz de los medios impugnatorios establecidos en el artículo 141, del referido cuerpo estatutario, ya que la fundamentación de los recursos allí regulados implicará, usualmente, razonar sobre las probanzas rendidas.

Así, en virtud de las consideraciones expuestas, cumple esta Contraloría General con indicar que el inculpado en un sumario administrativo regido por el Estatuto administrativo tiene derecho a presenciar, asistido por su abogado, las declaraciones de testigos verificadas en el término probatorio del proceso.



Al respecto, es necesario aclarar que lo concluido resulta aplicable —en el caso de la prueba testimonial— desde el inicio de aquella etapa procesal, lo que según el artículo 138 del Estatuto aludido y lo señalado en el dictamen 55.290, de 2006, de este órgano fiscalizador, ocurre desde la notificación de la resolución del fiscal instructor que fija el término probatorio, sin perjuicio de la posibilidad de que el inculpado presente otras probanzas una vez notificado de los cargos formulados, tal como lo dispone el precepto citado.

Lo anterior, toda vez que según el inciso segundo del artículo 137, de ese texto legal —norma estatutaria que se encuentra vigente en conformidad con la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, tal como lo precisara el dictamen 48.302, de 2007, de este órgano contralor—, el sumario será secreto hasta la fecha de formulación de cargos, oportunidad en la cual dejará de serlo para el inculpado y para el abogado que asumiere su defensa, sin perjuicio de que una vez totalmente tramitado, está sometido plenamente al principio de publicidad.

Se concluye de este dictamen que, en todo procedimiento administrativo, pero, sobre todo, en el procedimiento administrativo sancionatorio, se deben respetar los principios básicos propios del derecho a defensa: el derecho a conocer la acusación o denuncia, un debido emplazamiento, el derecho a presentar prueba y a controvertir los términos de la acusación o denuncia, el derecho a una resolución motivada o fundamentada y el derecho a impugnar la resolución de la administración.

El principio de contradictoriedad o derecho al contradictorio se contempla expresamente en el artículo 10 de la Ley 19.880, comprendiendo de manera amplia el derecho a presentar el caso y alegaciones y el derecho a presentar prueba.

Derecho a la fundamentación del acto administrativo

El legislador lo ha incluido como integrante del principio de imparcialidad en el inciso segundo del artículo 11 de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (LBPA): «Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos».



Luego, el artículo 41, que determina el contenido de la resolución que pone fin al procedimiento, le impone al órgano de la administración que ésta debe contener la decisión, «que será fundada».

La exteriorización de los fundamentos de la decisión se basa en la necesidad de transparencia de los actos administrativos, ya que por esa vía se legitima la acción del Estado. En cuanto al deber de fundamentación del acto administrativo, en fallo de 26 de septiembre de 2022, la Corte Suprema dijo que no basta con indicar razones puramente formales, ya que, si se limita a ello, se trataría de un acto arbitrario y si es arbitrario, cae en la ilegalidad:

Sexto: Que, tal como ha sido reiteradamente sostenido por esta Corte, todo acto administrativo debe contener los fundamentos en que se sustenta, con el fin de legitimar la decisión de la autoridad, razones que no pueden ser meramente formales, toda vez que caerían dentro de la categoría de arbitrarios y, por lo tanto, ilegales. Es por ello que, si el acto aparece desmotivado o con razones justificativas vagas, genéricas, imprecisas y que no se avienen al caso concreto, al ser un simple formulario del que solo se reemplazan determinadas piezas, se debe concluir que el acto carece de uno de sus elementos esenciales.

Séptimo: Que, asentado lo anterior, del tenor de las actuaciones impugnadas, analizados en correlato con el contenido y fundamentación del reclamo deducido ante la autoridad por la sociedad recurrente aparece que el organismo recurrido, no ha dado cumplimiento a su deber de motivación que es exigible a todo acto administrativo terminal, según se ordena en los artículos 11 y 41 de la Ley 19.880, entregado a la actora los medios, las explicaciones y las motivaciones en que funda su decisión.

En efecto, como puede advertirse de la lectura de las transcripciones contenidas en los numerales i) y iii) del motivo cuarto de este fallo, la Resolución exenta R-01-ISESAT-120051-2020 de 20 de noviembre de 2020 que rechazó el recurso deducido por la recurrente, reitera a modo de copia los escasos motivos contenidos en la resolución apelada (la Resolución exenta R-01-UJU-73719-2020 de 6 de agosto de 2020), sin hacerse cargo de los argumentos formulados en la apelación y sin explicar las razones por las cuales los fundamentos de hecho y de derecho expresados en tal recurso no fueron considerados ni acogidos.



De lo anterior se colige que la SUSESO incurrió en la conducta ilegal o arbitraria que le fue imputada por la actora y, por tanto, el recurso de protección debe ser acogido en los términos que se dispondrá.⁹

Matthei Da Bove y Rivadeneira Dominguez (2022: 268) han sostenido también que «la motivación del acto administrativo permite en último término su control judicial y la efectividad del principio de plena justiciabilidad de la actuación de la administración, conforme al cual no existen actos u omisiones de la administración exentos de control por parte de tribunales». Ello se reafirma por el texto expreso del artículo 38 de la CPR, según el cual «cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiere causado el daño». La regla se replica en los artículos 4 y 10 de la LOCBGAE que establecen, respectivamente, el principio de responsabilidad y el derecho a interponer «las acciones jurisdiccionales a que haya lugar para impugnar los actos administrativos».

Uno de los fallos paradigmáticos en torno al control judicial sobre la falta de fundamentación de los actos administrativos fue el que dio lugar la acción de protección deducida por doña Roxana Pey Tumanoff, en contra del Ministro Secretario General de Gobierno y de la Ministra de Educación, impugnando el Decreto Supremo número 229 de 2016, del referido ministerio, publicado el 13 de agosto de 2016, que la removió del cargo de rectora de la Universidad de Aysén. En la sentencia de la Corte Suprema que recayó en esta causa,¹⁰ se hizo un completo análisis del contenido del deber de motivación del acto, tanto en lo formal como en lo material.

La exrectora Pey fundamentó su recurso de protección en que, si bien la presidenta de la República tenía facultades discrecionales conforme con las normas transitorias, estas exigían que fueran fundadas. En ese orden de cosas, el DS número 229 de 2016 no tenía fundamentos, porque los que se señalaron no correspondían a la realidad. Efectivamente y

9 Sentencia Corte Suprema de 26 de septiembre de 2022, de apelación en recurso de protección, rol de ingreso número 15.767-2022. Disponible en <https://bit.ly/3skzZSJ>.

10 Sentencia Corte Suprema de 19 de junio de 2017, rol de ingreso número 3598-2017, recurso de apelación de sentencia de primera instancia en recurso de protección.



de acuerdo con el artículo transitorio de la Ley 20.842, que creó la Universidad de Aysén, la presidenta de la República, por razones fundadas, podía remover al rector o rectora de dicha universidad en el período que mediaba entre la designación y la publicación de sus estatutos.

La Corte Suprema parte analizando la necesidad de motivación del acto administrativo:

Quinto: Que constituye uno de los elementos del acto administrativo la motivación del mismo, pues a través de ella se exteriorizan las razones que han llevado a la administración a dictarlo, exigencia que se impone en virtud del principio de legalidad. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, la Ley 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, consagra los principios de transparencia y publicidad, en cuanto permite y promueve el conocimiento del contenido y fundamentos de las decisiones que adopten los órganos de la Administración del Estado, calidad que precisamente detenta el organismo demandado. Es así como el artículo 11 inciso segundo del referido texto legal, previene la obligación de motivar en el mismo acto administrativo la decisión, los hechos y fundamentos de derecho que afecten los derechos o prerrogativas de las personas. A su turno, también el artículo 41 inciso cuarto del aludido texto legal dispone que «las resoluciones que contenga la decisión, serán fundadas». Proceder que, por lo demás, se hace enteramente exigible por mandato del artículo 8 de la Constitución Política de la República.

Analiza la Corte Suprema en su considerando sexto las diferencias que existen entre las facultades regladas de la administración por oposición a las facultades discrecionales. En las primeras la administración debe ceñirse a los requisitos y condiciones que la ley exige para el acto, mientras que para los que derivan de facultades discrecionales la administración tiene mayor libertad. Sin embargo, para su ejercicio esta debe estar legalmente habilitada.

Sexto: Que, la exigencia de motivación de los actos administrativos, atendido los contornos de la cuestión puesta en conocimiento de la judicatura, se relaciona directamente con el ejercicio de las potestades con las que está revestida la administración. En efecto, en doctrina se distingue entre el ejercicio de facultades regladas y facultades discrecionales, en las primeras toda la actuación previa al nacimiento de un determi-



nado acto administrativo se encuentra prevista y determinada en la ley, por lo que la autoridad debe ceñirse estrictamente a ella tanto al verificar los supuestos de hecho como en el procedimiento que determina la decisión, que está igualmente regulada en relación a la situación fáctica que la origina. En cambio, en el ejercicio de las facultades discrecionales, la administración goza de cierto ámbito de libertad al momento de adoptar la decisión. Interesa destacar que, en este último caso, indudablemente concurren etapas regladas, toda vez que debe existir norma expresa que entregue a un órgano determinado la libertad para decidir, ante precisos supuestos de hecho. En este aspecto, Luis Cordero Vega, citando a Menéndez, señala: «En términos simples podemos decir que la potestad discrecional se dará en los casos en que el legislador le confiere a la administración un espacio de autodeterminación, un margen o libertad de decisión para elegir entre varias alternativas o soluciones posibles. La adopción de los actos que se dicte en ejercicio de una potestad de esa naturaleza se basará, entonces, en criterios no predeterminados por la norma que concede el margen de decisión, sino en criterios que quedan a la libre consideración de la administración». (Luis Cordero Vega, Lecciones de Derecho Administrativo, Editorial Thomson Reuters, 2.^a edición, 2015, p. 83).

Pero la Corte Suprema advierte que, en cualquier caso, sea que se trate de facultades regladas o facultades discrecionales, siempre estarán sujetas al control jurisdiccional. Incluso respecto de estas últimas señala que deben cumplir con las exigencias previstas en la ley y que, por tanto, a la judicatura le toca verificar la existencia de los elementos intrínsecos de todo acto administrativo. Declara que «la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad»:

Séptimo: Que se debe destacar, que tanto el ejercicio de la potestad reglada como la discrecional, está sujeta a los límites que determina su control por parte de la judicatura. En efecto, no existe mayor discusión respecto del control que debe efectuarse respecto del ejercicio de la facultad reglada; sin embargo, existen discrepancias en cuanto al control que corresponde desplegar respecto del ejercicio de la potestad discrecional. En este aspecto, es efectivo que no procede que los órganos jurisdiccionales sustituyan la decisión de la administración realizando una nueva ponderación de los antecedentes que determinan la decisión; sin embargo, se debe ser enfático en señalar que aquello no excluye el control jurisdiccional respecto de los actos administrativos que tienen



su origen en el ejercicio de una facultad de carácter discrecional por parte de la administración, toda vez que aquellos, como todo acto administrativo, deben cumplir con las exigencias previstas en la ley, razón que determina la necesidad de verificar la existencia de los elementos intrínsecos de todos los actos de tal naturaleza. Tal materia, puede y debe ser controlada por la judicatura en tanto exista un conflicto que ha sido puesto en su conocimiento, toda vez que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad.

Asentado lo anterior corresponde precisar, además, que igualmente los órganos jurisdiccionales se encuentran facultados para realizar un control de los actos que tienen su origen en el ejercicio de facultades discrecionales, en tanto se debe verificar que exista norma que en forma expresa entregue a la administración una amplia facultad para decidir y que los presupuestos de hecho que determinan el ejercicio de tal facultad existan, como asimismo que el fin que ha sido previsto por el ordenamiento jurídico al otorgar la facultad jurisdiccional, se cumpla. Se ha dicho, que son elementos básicos del ejercicio de una potestad discrecional que están sujetos al control, los siguientes:

- a) A través del control de los elementos reglados que integran la discrecionalidad. Un acto concebido como discrecional puede ser anulado si se dicta sin el amparo en potestad alguna (falta de potestad), o por un órgano que no es concretamente habilitado para el ejercicio de la potestad (incompetencia) o para supuestos de hecho no comprendidos en el ámbito de la potestad, o adoptando medidas no integradas en el contenido material de la potestad, o infringiendo las normas de procedimiento establecidas para el empleo de la potestad, o utilizando la potestad para fines distintos de aquellos para los que la norma la atribuyó.
- b) Control de los hechos determinantes, esto es de la existencia y realidad del supuesto de hecho que habilita para el empleo de la potestad, pues estos son supuestos reglados de la potestad que habilitan su ejercicio y por lo tanto siempre sujetos a control judicial.
- c) Control del fin, esto es el ejercicio de la potestad discrecional, por amplia que esta hubiese sido concebida, solo puede ser ejercida para los fines públicos para los cuales fue conferida la potestad, de lo contrario incurre en la denominada desviación de fin o de poder.
- d) Control de razonabilidad de la decisión, esto es que el acto administrativo en que se funda debe basarse en motivos que deben explicitarse (más allá de una mera cita de normas y hechos) mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la deci-



sión, de manera que se acredite la racionalidad intrínseca, es decir, coherencia con los hechos determinantes y con el fin público que ha de perseguirse.

Finalmente, interesa destacar que en el control de la discrecionalidad se debe atender al principio de proporcionalidad, que es un elemento que determina «la prohibición de exceso, que implica una relación lógica de los elementos de contexto que generan el acto (situación, decisión y finalidad), una relación de adecuación de medio y fin, lo que implica ciertamente una limitación a la extensión de la decisión en la medida que esta solo se puede extender mientras se dé un vínculo directo entre el hecho y la finalidad perseguida con el procedimiento. De este modo, las situaciones que se dan fuera de esa relación son desproporcionadas, es decir, manifiestamente excesivas».

Entrando al análisis del acto sometido a su control, la Corte Suprema revisó las fundamentaciones enunciadas en el Decreto Supremo de remoción, que señalaba «que, entre otras razones fundadas para ejercer la facultad de remoción establecida en la Ley 20.842, se encuentra [...]» para luego especificar dos de los motivos que, a juicio de la administración, daban lugar al ejercicio de esta facultad discrecional de la presidenta de la República para remover a la rectora Pey.

Según consignó la sentencia de la Corte Suprema, esta:

Exposición del acto deja en evidencia los problemas de motivación que lo afectan, toda vez que se establece que se hace uso de la facultad entregada por el artículo tercero transitorio de la Ley 20.842, «entre otras razones», por dos que se exteriorizan. Es decir, no se señala, en concreto, *cuáles son todas las razones* que determinan el ejercicio de la potestad, incorporando incertidumbre respecto de los motivos que llevaron a remover a la rectora Pey. Cuestión que no se condice con las exigencias previstas para un acto de tal naturaleza pues la fundamentación del acto administrativo es un elemento de su esencia, cuya existencia siempre está bajo el control de la judicatura. Así, la fórmula, «entre otras razones», vulnera gravemente los principios de publicidad y transparencia que debe regir la actuación de la administración, que hacen exigible la exposición clara y concreta de los motivos del acto administrativo (considerando noveno. La cursiva es nuestra).

La Corte Suprema acoge el recurso de protección por no estar debidamente fundado. Sin embargo, no reintegra a la rectora, a pesar de



declarar el acto de remoción como ilegal, porque con ello afectaría los derechos de la nueva rectora y la autonomía de la Universidad de Coyhaique, que a la fecha en que el fallo fue pronunciado ya tenía sus estatutos aprobados.

De esta sentencia se advierte que la motivación del acto debe ser completa y suficiente. No basta entonces con replicar la norma legal que habilita al órgano administrativo a ejecutar el acto, sino que debe pronunciarse de manera específica y concreta respecto de los fundamentos de la decisión del ente.

En otro fallo más reciente, la Corte Suprema consolidó el criterio referido a la fundamentación del acto administrativo y dijo que:

La motivación del acto administrativo, por expreso mandato de los principios constitucionales y legales de publicidad y transparencia, supone la exposición clara y concreta de los motivos del acto administrativo. De esta manera, el acto administrativo debe basarse en motivos que han de ser explicitados, más allá de una mera cita de normas y hechos, mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión de manera que se acredite la racionalidad intrínseca, es decir, la coherencia con los hechos determinantes y con el fin público que ha de perseguirse.¹¹

No se debe olvidar tampoco que los actos administrativos están sujetos a la obligación de transparencia, tanto por imperativo constitucional como legal, lo que complementa el deber de motivación. El inciso segundo del artículo 8 de la Constitución consagra el principio de publicidad. Mientras que, a nivel legal, se recoge de forma más general en la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública. Los artículos 3 y 4 de esta ley dan cuenta de la complementariedad de sus disposiciones con la garantía de la fundamentación o motivación del acto administrativo. Así, el artículo 3 manifiesta que la finalidad de la transparencia es permitir y promover el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en el ejercicio de la función pública. El artículo 4 en su inciso segundo concreta esta aspiración al expresar que el principio de transparencia de la función pública consiste en «respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la administración, así como la de sus fundamentos».

¹¹ Sentencia Corte Suprema de 16 de diciembre de 2021, rol de ingreso 38.002-2021.



El principio de transparencia y publicidad para los actos administrativos figura establecido en el artículo 16 de la Ley 19.880. Luego, el artículo 41 lo expresa de manera indirecta como parte del contenido de la resolución final del acto.

Puede concluirse de todo lo dicho, según Gómez González (2022) que la:

Motivación del acto administrativo no solo constituye un imperativo legal, sino que también tiene relevancia desde el punto de vista constitucional, puesto que es garantía de un justo y racional procedimiento y, por tanto, inherente al derecho a la acción y a la tutela judicial efectiva. Asimismo, la motivación sirve de base a otra serie de principios del ordenamiento jurídico administrativo, como la seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad, la igualdad, la proporcionalidad, la publicidad y la transparencia.

Decisión dentro de un plazo razonable

El legislador entendió que el acto administrativo, cualquiera sea su forma, tiene efectos en los administrados. En algunos casos limitando sus propios derechos en cuanto tales. De allí que al dictarse la Ley 19.880 se establecieran principios rectores sobre los cuales debía fundarse el procedimiento administrativo.

De esta manera el artículo 4 de la Ley 19.880 explicita como principios del procedimiento administrativo los de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia, publicidad y aquellos relativos a los medios electrónicos.

Quedan explícitos varios principios que a su vez tienen correlato en los derechos y garantías que componen el debido proceso, y el derecho a una justicia dentro de un plazo razonable lo tiene bajo los principios de celeridad y conclusivo.

El principio de celeridad se explica en el artículo 7 y se plantea como criterios de acción de la administración, imponiéndole la obligación de actuar de oficio, «haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión».



El de celeridad va de la mano del principio conclusivo (artículo 8): «Todo el procedimiento administrativo está destinado a que la administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad».

Pero los principios deben concretarse en acciones y no quedarse como meras declaraciones de intenciones. El artículo 24 determina que los «términos y plazos [...] obligan a las autoridades y personal al servicio de la administración en la tramitación de los asuntos, así como los interesados en los mismos». Luego, el artículo 27 de la Ley 19.880 impone el marco temporal en el que debe tramitarse el procedimiento administrativo, el que no puede exceder de seis meses desde su iniciación y hasta la emisión de la decisión final (salvo caso fortuito o fuerza mayor). Previamente, el artículo 25 también había fijado los términos máximos para que las autoridades, según la naturaleza del acto, lo dicte, los que van desde las 48 horas y hasta los veinte días.

La ley no explicita si los plazos de la administración son fatales. Pero la Contraloría General de la República ha dictaminado que no lo son, al declarar que la «administración puede cumplir válidamente sus actuaciones en una fecha posterior a la preestablecida, atendido que, salvo disposición legal expresa en contrario, los plazos que la rigen no poseen el carácter de fatales» (Dictámenes números 14.370/2019; 74.818/2013 y 41.199/2014).

A pesar de lo dicho, la ley sí contempla algunas herramientas, ya de manera explícitas o de una forma implícita, con las cuales las y los administrados pueden asegurar una decisión dentro de un plazo razonable.

Recordemos, primero, que la redacción del artículo 24 impone una obligación a las y los funcionarios encargados de expedir el acto, por lo que el incumplimiento de este deber funcionario puede entrañar responsabilidades administrativas de carácter personal. Más allá de esta posibilidad, también es posible provocar la decisión de la administración por aplicación del silencio administrativo.

La Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos le ha dado al silencio de la administración dos significados diversos, según el origen que haya tenido el procedimiento y los alcances que este tenga para las arcas fiscales. En el artículo 64 se pone en el caso del efecto positivo del silencio, es decir, que se entiende aceptada la petición inicial, y el artículo 65, en el supuesto del silencio negativo, o sea, que se rechaza. En ambos se requiere que el interesado requiera a la autoridad en mora de



dictar el acto, denunciando el incumplimiento de los plazos o pidiendo que se certifique esa circunstancia.

En los procedimientos que dan lugar al silencio positivo, la autoridad tiene cinco días para resolver la cuestión, una vez que ha sido requerida. En cambio, en el silencio negativo, al denunciar el incumplimiento, la autoridad debe certificar que efectivamente no se ha cumplido, y desde ese acto, las personas afectadas pueden interponer los recursos administrativos que les hubieran correspondido.

Cabe señalar que la mayor parte de los casos caben en supuestos de silencio negativo, ya que aun cuando la decisión no comprometa el patrimonio fiscal, el artículo 65 de la Ley 19.880 señala que se aplicará el silencio negativo «cuando se ejercite por parte de alguna persona el derecho de petición consagrado en el numeral 14 del artículo 19 de la Constitución Política». En otras palabras, cualquier petición administrativa iniciada por las personas en ejercicio de su derecho de petición, cabría dentro de los términos del artículo 65. Quizás el caso más paradigmático es el que hoy afecta al Servicio Nacional de Migraciones, donde se han acumulado numerosas acciones de protección y recursos de amparo en su contra por las demoras que han sobrepasado, en algunos casos, los dos años. Aunque los fallos de nuestros tribunales son vacilantes, ya que se acogen tantos como se rechazan, se ha declarado, por ejemplo, que el recurso de amparo no sería la vía idónea para reclamar por la demora y provocar la decisión de la autoridad y que, por el contrario, se deben emplear las herramientas que otorga la Ley de Procedimiento Administrativo, provocando el silencio negativo (así, Corte de Apelaciones de Santiago, ingreso roles amparo-2707-2022; amparo-2771-2022; amparo-2808-2022 y amparo-2810-2022).

Otra herramienta para cautelar el derecho a un procedimiento y una decisión expedida dentro de un plazo razonable es la figura del decaimiento del procedimiento administrativo. En diversas sentencias de la Corte Suprema se ha reconocido que la excesiva demora en la tramitación del procedimiento administrativo puede derivar en que este pierda su eficacia. El principio se expresa en que, como «esta Corte ha declarado, (Sentencia Corte Suprema entre otros, rol 7.554-15; 2.639-2020; 39.689-2020), que, en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, para que se esté frente a un procedimiento racional y justo, la resolución que lo concluye debe ser oportuna» (Sentencia Corte Suprema 18 de marzo de 2021, rol ingreso 95.140-2020).

En el mismo fallo citado se expresó que:

Quinto: Que la exposición de la normativa orgánica constitucional resulta trascendente, pues a partir de aquella, la jurisprudencia ha decantado la institución del «decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio», que trae aparejada su extinción y pérdida de eficacia. Él se ha aplicado al constatar el transcurso de un tiempo excesivo por parte de la Administración para la declaración de responsabilidad y la consecuente decisión terminal sobre la imposición de una sanción. Así, en la búsqueda de un criterio rector para dar por establecido el decaimiento del procedimiento administrativo por el transcurso del tiempo, esta Corte ha considerado como referencia los plazos que el derecho administrativo contempla para situaciones que puedan asimilarse. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53, inciso primero, de la Ley 19.880, el plazo que tiene la Administración para invalidar sus actos administrativos es de dos años. De ello se sigue que resulta válido sostener que si la Administración deja transcurrir, de forma injustificada, un lapso superior entre el inicio y término del procedimiento, se produce el decaimiento del procedimiento administrativo y la consecuente extinción del acto administrativo sancionatorio, perdiendo por lo tanto su eficacia pues tal demora en la decisión afecta el contenido jurídico del procedimiento administrativo transformándolo abiertamente en ilegítimo y lesivo para los intereses del afectado, quien, al estar sujeto a un procedimiento excesivamente extenso, ve afectado su derecho a la seguridad jurídica. Asimismo, como una razón adicional para asentar la existencia del decaimiento, es que el objeto jurídico del acto administrativo, cual es la multa impuesta, producto del tiempo excesivo transcurrido se torna inútil, puesto que la sanción administrativa tiene principalmente una finalidad preventivo-represora. En efecto, con ella se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas similares, se busca reprimir la conducta contraria a derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor. En este mismo sentido, conviene puntualizar que no cualquier dilación en la dictación del respectivo acto administrativo conlleva su decaimiento, sino que sólo la amerita aquella que es excesiva e injustificada. Sexto: Que, entonces, el plazo razonable de conclusión del procedimiento administrativo sancionatorio en el presente caso no es otro que el de dos años, que se ha seguido por esta Corte en otras causas (Sentencia Corte Suprema rol 23.056-2018).



Derecho al recurso y a la impugnación del acto

El derecho al recurso deriva de dos aspectos fundamentales. El artículo 19 número 14 de la CPR garantiza a todas las personas el derecho a petición «sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes». La LBPA es una expresión material de ese derecho, pues determina la forma en que este se puede ejercer ante la administración. Con todo, esta ley tiene aplicación supletoria de aquellas normas particulares que puedan regir al órgano de la administración de que se trate.

Si volvemos al derecho al recurso del artículo 25 de la CADH se exigía que fuera sencillo, rápido y eficaz. En un sentido similar, la LBPA refiere estos mismos objetivos al consagrar —como obligación para la administración— los principios de escrituración (incluso por medios electrónicos), de gratuidad, de celeridad, conclusivo, de economía procedimental y de no formalización.

La sencillez del recurso se expresa en la escrituración y no formalización. Al permitir la presentación de solicitudes incluso por medios electrónicos se amplía la manera de acceder a la decisión de la administración. En cuanto a la no formalización, más allá de exigirse que se desarrolle por escrito, supone que el «procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquellas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares» (artículo 13 de la LBPA).

Además de lo anterior y sumado al control judicial al que nos hemos referido antes, tanto el artículo 15 de la LBPA como el artículo 10 de la LOCBGAE explicitan el derecho de los administrados a impugnar los actos administrativos. Ambos garantizan al menos los recursos de reposición ante la misma autoridad que dictó el acto y el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de los demás que establezcan las leyes especiales.

La LBPA contempla también la posibilidad de invalidar actos administrativos, cuando son contrarios a derecho, ya sea de oficio o a petición de parte (artículo 53). La única limitación es que se solicite o haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto.

El artículo 15 de la LBPA junto con establecer los recursos de reposición y jerárquico como base, también refiere al recurso extraordinario de revisión. Si se ven los fundamentos de este último que se regula en



el artículo 60 de la LBPA y que, como lo dice su nombre, es extraordinario, queda en evidencia que es el que otorga una protección explícita a las garantías del debido proceso aplicadas al procedimiento administrativo. Lo relevante también es que se interpone en contra de actos administrativos firmes, es decir, respecto de los cuales ya no hay recursos administrativos o, si procedían, fueron resueltos. En cuanto al órgano competente para conocerlo, se interpone ante el superior jerárquico, si lo hubiere o, en su defecto, ante la autoridad que lo hubiere dictado.

Las causales que dan lugar al recurso extraordinario de revisión son:

1. Que la resolución se hubiere dictado sin el debido emplazamiento.
2. Que, al dictarlo, se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho y que este haya sido determinante para la decisión adoptada, o que aparecieran documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse el acto o que no haya sido posible acompañarlos al expediente administrativo en aquel momento.
3. Que por sentencia ejecutoriada se haya declarado que el acto se dictó como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta.
4. Que en la resolución hayan influido de modo esencial documentos o testimonios declarados falsos por sentencia ejecutoriada posterior a aquella resolución o que, siendo anterior, no hubiese sido conocida oportunamente por el interesado.

Ahora bien, tampoco los plazos son tan amplios por cuanto debe interponerse en un año desde el día en que se dictó la resolución, para las causales de las letras a) y b) anteriores y, en el caso de las otras dos, desde que quedó ejecutoriada.

Pero, como se ha dicho, en cualquier caso los actos de la administración, inclusive los terminales, están sujetos a control de los tribunales de justicia, los que deberán revisar tanto la legalidad como los fundamentos y respeto de las garantías fundamentales en su dictación.



Capítulo 7

El debido proceso en los procedimientos penales

Dada la mayor complejidad de los medios utilizados para ocultar la actividad criminal —y evadir el control de los órganos de prevención y persecución— se hace casi inevitable (para una investigación que aspire a efectividad en sus resultados), la afectación de derechos de imputados y terceros como única vía para obtener la evidencia que respalde y legitime el ejercicio de la acción penal.

En ese contexto, salvo contadas excepciones, toda investigación respecto de un delito de cierta relevancia conllevará la afectación de derechos fundamentales del imputado o de terceros: su privacidad, la inviolabilidad del hogar o de las comunicaciones; o su propiedad, a través, por ejemplo, del ingreso y registro a su domicilio, la interceptación de sus comunicaciones telefónicas o la incautación de sus bienes.

Bajo esa premisa —la inevitabilidad de afectar ciertos derechos en determinadas investigaciones— el foco de atención debiera situarse más bien en el respeto de los casos y de las formas del procedimiento establecidos para que dicha afectación pueda considerarse legítima. En definitiva, respetar y acatar el debido proceso para afirmar que no se vulnera el derecho sustantivo que se perturba con la actuación —la privacidad, por ejemplo—¹ o que esa vulneración está autorizada por el ordenamiento y, por ende, igualmente es aprovechable la evidencia obtenida de ella en el proceso penal.

¹ Por esta solución se inclina la sentencia Corte Suprema rol 36787-2015, de 14 de septiembre de 2017, al señalar que «diligencias intrusivas como la entrada y registro a un lugar cerrado, que naturalmente implican la afectación de resguardos constitucionales como la intimidad y la inviolabilidad del hogar, no podrán estimarse conculcadas si en su práctica se han respetado las formas que la ley ha introducido en pos de una real persecución penal que respete tales prerrogativas esenciales».



Contenido del debido proceso en los procedimientos penales y distinción de la mera infracción legal

En consideración al carácter administrativo y no jurisdiccional de la investigación dirigida exclusivamente por el Ministerio Público, el constituyente decidió ampliar la garantía de racionalidad y justicia del procedimiento, consagrada en el actual inciso sexto del artículo 19 número 3 de la Constitución, a la etapa de investigación.² Tal modificación era imprescindible en atención a que las infracciones a los derechos de los imputados se perpetran principalmente por las policías en esa fase del proceso penal.

En ese orden, en materia penal el mayor número de denuncias por vulneración del derecho al debido proceso apuntan a actuaciones policiales. Sea porque se han efectuado sin ajustarse a los procedimientos previstos en la ley, o porque exceden sus potestades, actuando autónomamente cuando necesitaban instrucción del ministerio público o autorización del juzgado de garantía.³

Sobre el contenido del debido proceso, específicamente en el ámbito penal, se ha explicado en sentencia de la Corte Suprema rol 24010-2019, de 30 de octubre de 2019:

Que los asuntos criminales deben ser conocidos por los tribunales señalados por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho delictivo; que otro poder del mismo Estado no puede avocarse a dicha función, y que el juez al posicionarse ante el conflicto debe hacerlo de modo que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente.⁴

2 Al respecto, ver sentencia Tribunal Constitucional rol 2026-2011, de 14 de agosto de 2012; sentencia Tribunal Constitucional rol 2510-2013, de 7 de enero de 2014; y, sentencia Tribunal Constitucional rol 4103-2017, de 23 de julio de 2019.

3 En sentencia Corte Suprema rol 26838-2015, de 12 de enero de 2016, se declara que «la exigencia del debido proceso supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República». También sentencia Corte Suprema rol 20033-2016, de 18 de mayo de 2016 y sentencia Corte Suprema rol 35555-2016, de 1 de agosto de 2016.

4 Asimismo, en sentencia Corte Suprema rol 24229-2019, de 30 de octubre de 2019.

En sentencia de la Corte Suprema rol 55074-2016, de 5 de octubre de 2016, se agrega que:

Por otra parte, los elementos del debido proceso también han sido desarrollados mediante la incorporación al procedimiento de una serie de resguardos tendientes a garantizar que el imputado goce, desde el momento en que se le atribuya participación en un hecho punible, de una serie de derechos que garanticen el respeto de la presunción de inocencia que lo ampara y la igualdad de armas, entre los cuales se encuentra el ser oído, que supone el derecho a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que los fundan para ejercer adecuadamente su derecho a defenderse de todos los hechos y circunstancias que se le imputan y formular los planteamientos y alegaciones que con vengan a su defensa, el derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo, a probar los hechos que él invoca, y la prohibición de ser sancionado por presupuestos diversos de los contenidos en la formalización y en la acusación.⁵

Si bien en estos fallos recién citados y, al conceptualizar el debido proceso, se pone el acento en su tramitación legal o en el respeto de los procedimientos fijados en la ley, no toda desatención de la regulación legal de un derecho fundamental sustantivo (privacidad, libertad ambulatoria, etcétera) equivale a una vulneración del derecho al debido proceso. Esto porque para lo último se requiere además que la infracción pueda vincularse de modo tal con la garantía a una justa y racional investigación y procedimiento, que pueda conceptualizarse como una afectación a la misma (Hernández, 2005: 51 y 52). De ese modo, quien postula la infracción de una norma procedimental como base de una afectación del debido proceso, debe demostrar, además, que el respeto de esta es esencial para poder calificar el proceso en cuestión como racional y justo. Es decir, debe evidenciar una determinada finalidad de la norma, en abstracto; y, también, una determinada intensidad de su infracción, en concreto.

Como se ha dicho, el estatus de componente esencial del debido proceso no puede ser atribuible al conjunto de la legalidad procesal penal, sino solo a principios o reglas que pueden considerarse requisito indispensable de legitimidad del proceso penal, al punto de merecer la digni-

⁵ Igualmente, en sentencia Corte Suprema rol 28132-2018, de 28 de enero de 2019.



dad de garantía fundamental. Entender lo contrario importaría asignarle a la cláusula del artículo 19 número 3 inciso sexto de la Constitución, el poder de hacer *tabula rasa* con el concepto de garantía fundamental y su distinción con la legalidad ordinaria (Hernández, 2005: 55).

Lo que se viene razonando no asume, *a contrario sensu*, que una infracción al debido proceso esté supeditada al quebrantamiento de una norma de procedimiento de jerarquía legal. Esto pues podría tratarse de una diligencia investigativa que, aunque autorizada, no tiene un procedimiento explícitamente reglado por la ley ordinaria; supuesto en el cual derechamente debe examinarse si la forma concreta en que fue ejecutada colma las exigencias de justicia y racionalidad que demanda el debido proceso.

Se ha resuelto en sentencia de la Corte Suprema rol 33739-2016, el 20 de julio de 2016, que:

La infracción que se reclame, para importar un agravio a la garantía del debido proceso y, específicamente en este caso, al derecho a una investigación racional y justa, debe ser sustancial, trascendente, de gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvable frente al derecho constitucional del debido proceso.

La omisión de estos aspectos, esto es, de la sustancialidad, trascendencia y gravedad de la infracción al derecho a un justo y racional procedimiento, es destacada en sentencia de la Corte Suprema rol 43541-2017, de 29 de enero de 2018, frente a la pretensión de exclusión de la droga incautada y su prueba derivada, por no respetarse por los policías el plazo del artículo 41 de la Ley 20.000 para entregar aquella al servicio de salud correspondiente. Se declaró en dicho fallo que:

Respecto de tal dilación, que efectivamente excede el término prescrito en la norma recién citada, las defensas recurrentes no han explicado cómo ello conllevó una infracción «sustancial» de una garantía fundamental consagrada en la Constitución, como demanda la causal de nulidad alegada para que pueda prosperar, sino solo esgrimió la transgresión formal de un plazo legal, pero sin argumentar y convencer a esta Corte, en cómo ello se traduce en una afectación relevante que haya impedido o perturbado el ejercicio del derecho de los imputados a una investigación racional y justa, y es así que ni siquiera han insinuado que producto de tal demora, pueda sospecharse o temerse que la droga objeto de la pericia sea distinta a la incautada, o que de algún modo fue

alterada en el ínterin, y que dicha sustitución o alteración tenga alguna relevancia en la configuración del delito imputado.⁶

Por el contrario, la inobservancia de un deber establecido en la ley se estimó equivalente a una vulneración del debido proceso en la sentencia de la Corte Suprema rol 26838-2015, de 12 de enero de 2016, al decidir que —la omisión del registro en la carpeta investigativa del ministerio público de la autorización que este otorgó a los policías para llevar a cabo la diligencia de agente revelador— incumple el deber de registro que establece el artículo 227 del CPP. Se discurre, entonces, que esa omisión, además, vulnera las exigencias del debido proceso, pues colocó «a la defensa en una posición menguada frente al órgano persecutor y sus organismos auxiliares».

Principio de proporcionalidad en el procedimiento penal

La racionalidad y justicia de la investigación y del procedimiento que demanda la garantía del debido proceso requiere, además, que la limitación de derechos del imputado o terceros en pos de la investigación o de los fines del procedimiento, superen el test o principio de proporcionalidad. Es decir, es una exigencia del debido proceso.

Como se explicó en el capítulo cuatro, el principio de proporcionalidad fue acuñado como un criterio de control sobre los poderes discrecionales de la administración y como límite al ejercicio del poder de policía. Fue sobre esa base que el Tribunal Constitucional Federal alemán llevó la máxima de la proporcionalidad al control de los actos estatales que regulan o intervienen sobre los derechos fundamentales. Por tanto, la proporcionalidad es antes que todo un mecanismo de control del poder o, lo que es lo mismo, es un instrumento destinado a medir si la intervención estatal es o no lícita. Y no lo será si en la práctica ella se traduce en la anulación o derogación del derecho o libertad de que se trate (Rainier, Martínez y Zúñiga, 2012: 86).

Como ya vimos, el principio de proporcionalidad examina la relación entre una medida de la autoridad, adoptada en el ámbito de sus facultades, gravosa para sus destinatarios; y la finalidad perseguida por esa

⁶ Mismo criterio se sigue en sentencia Corte Suprema rol 60655-2021, de 7 de octubre de 2022.



medida (Aldunate, 2008: 264),⁷ la que, para adecuarse a este principio, debe satisfacer copulativamente tres requisitos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este test de proporcionalidad se desenvuelve de manera sucesiva y escalonada a fin de evitar un sacrificio innecesario o excesivo que vulnere el contenido esencial del derecho fundamental ponderado (Núñez, Beltrán y Santander, 2019: 159).

Este principio debe ser actualizado y considerado por toda autoridad —como el fiscal cuando instruye o solicita una diligencia o medida cautelar— pero, principalmente, de manera preventiva por el juzgado de garantía al decidir si la autoriza.

Para conformarse a este principio, las autorizaciones de diligencias intrusivas y de medidas cautelares deben satisfacer copulativamente tres requisitos:

1. Idoneidad, consistente en la adecuación de la diligencia o medida para alcanzar el objetivo pretendido.
2. Necesidad, que pondera si la diligencia o medida son sustituibles por otras menos lesivas.
3. Proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, que en un juicio de ponderación se considera la gravedad del delito investigado y el interés público en su persecución y sanción, en relación con la magnitud de la afectación al derecho que ocasionará la diligencia o medida.

De ese modo, como señala Alexy (2002b: 50 y 51) si «la intensidad de la intervención es leve “para las recurrentes” y el grado de importancia de la razón que justifica la intervención como grave, es fácil derivar el resultado. La razón para la intervención, que tiene un peso intenso, justifica la intervención leve».

El Tribunal Constitucional Federal alemán considera que la proporcionalidad implica frecuentemente, además, la observancia de ciertas reglas de procedimiento contempladas en la ley y destinadas a proteger la libertad de las personas. Se trata de una consecuencia de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que conlleva el deber del legislador (y de otros órganos del Estado) de proteger activamente los valores protegidos por estos. El legislador es obligado a cumplir este deber es-

⁷ También sobre este principio, véase Horvitz y López (2002: 353 y 354) y en lo referido a medidas cautelares, Duce y Riego (2009: 266).



tableciendo reglas sustanciales, procedimentales y de organización que presten una protección suficiente a los derechos. La proporcionalidad se vincula con este deber porque es el medio para proteger al individuo de intervenciones excesivas (Rainier, Martínez y Zúñiga, 2012: 72 y 73).

Proporcionalidad en las medidas intrusivas. Entrada y registro a lugar cerrado

Por el desmedido uso de esta diligencia y por la entidad y diversidad de afectaciones que conlleva, nos ocuparemos especialmente de algunos aspectos de la diligencia de entrada y registro desde la óptica del principio de proporcionalidad.

Como expresión del principio de proporcionalidad, el artículo 205 del Código Procesal Penal condiciona el procedimiento de entrada y registro —dado lo intrusivo, perturbador y molesto del mismo para el morador u ocupante del inmueble— a la existencia de un mínimo de antecedentes suficiente para erigir la base de una presunción de que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontraren en un determinado edificio o lugar cerrado. Este umbral debe ser controlado preventivamente tanto por la fiscalía como por el tribunal, al resolver las peticiones que le formulen las policías y la fiscalía, respectivamente, como correctivamente al revisar con posterioridad la legalidad de la actuación en el caso de entradas toleradas por el dueño o encargado.

La demanda de una presunción supone un «hecho» del que pueda inferirse el concurso de las referidas circunstancias: presencia del imputado o medios de comprobación en el recinto. Y, a su vez, que ese hecho sea «conocido», para lo cual debe converger un mínimo de antecedentes o un antecedente mínimo, que permitan así graduarlo, lo que debe ser corroborado en los controles preventivos y correctivos ya referidos.

Por otra parte, al margen del cumplimiento de una orden judicial, creemos que la autorización de entrada y registro del dueño o encargado de un inmueble no puede ser recabada en virtud de una decisión autónoma de los policías, sino que debe ser instruida de manera particular por la fiscalía, aunque sea a propuesta de aquellos. Tal condición vuelve factible que aquella autoridad supervise la presencia de la presunción antes comentada y, en definitiva, propender a que la actuación supere el



test de proporcionalidad antes de importunar la privacidad e intimidad de un tercero (Rodríguez, 2021: 270).⁸

Esas autorizaciones del dueño o encargado del inmueble o del tribunal para la diligencia en examen admiten obviarse cuando sea vital para la promoción y aseguramiento del éxito de la investigación y para el resguardo de otros valores igualmente protegidos. Tal como ocurre en las coyunturas detalladas en el artículo 206 del CPP cuya conveniencia —en desmedro de los derechos a la privacidad y a la inviolabilidad del hogar— debe dirimirse en función de un juicio de ponderación que actualice el principio de proporcionalidad, de la mano de una aplicación restrictiva de las hipótesis que contempla.⁹

Esa actualización del principio de proporcionalidad, en un examen de necesidad sobre el contexto factual concreto, permite circunscribir las hipótesis enunciadas en el artículo 206 del CPP solo a aquellas en que la demora de solicitar la orden judicial por intermedio de la fiscalía —que incluso puede requerirse y otorgarse por cualquier medio idóneo como permite el inciso tercero del artículo 9 del CPP—, pueda significar un peligro cierto para la vida o salud de aquel que pide auxilio, o también para al éxito de la investigación, por la destrucción de efectos o instrumentos del delito o por la fuga del autor.¹⁰

8 Rodríguez agrega que de incluirse la entrada y registro a lugar cerrado con autorización del dueño o encargado como «diligencia inmediata» que puede disponerse anticipadamente mediante instrucciones generales del ministerio público de conformidad al artículo 87 del CPP, en aquellas instrucciones deben entregarse criterios claros, precisos y restrictivos sobre los supuestos en que proceda efectuar esa petición, como la gravedad del delito, el soporte de la denuncia y la necesidad de evitar la pérdida de evidencia, objetos o efectos del delito. Y, por otra parte, debe condicionarse a la imposibilidad de recabar la oportuna directriz de la fiscalía y a la urgencia de llevarla a cabo, de manera de priorizar y mantener la operatividad de su examen previo.

9 Concuenda, Molina (2010: 141) y así se reconoce en sentencia Corte Suprema rol 30582-2020, de 25 de mayo de 2020.

10 A esta pauta se ajustó el actuar policial en el caso conocido en sentencia Corte Suprema rol 69773-2020, de 15 de julio de 2020, en el que los funcionarios observan desde la vía pública que se mantenían plantas de marihuana en proceso de secado y, al no obtener respuesta de los ocupantes, resguardan el lugar e informan a la fiscalía, la que recaba la respectiva orden de entrada y registro del órgano jurisdiccional.



Proporcionalidad en las medidas cautelares personales

La consideración del principio de proporcionalidad en el ámbito de las medidas cautelares personales determina, por ejemplo, la aplicación preferente de las medidas menos gravosas para la libertad del imputado (artículos 124 y 139 del CPP), lo que está en íntima relación con los principios de excepcionalidad e instrumentalidad que las rigen, en cuanto requieren que la medida adoptada sea la «absolutamente indispensable para asegurar la realización de los fines del procedimiento» que se pretende tutelar (artículo 122 del CPP). Significa, asimismo, el reconocimiento de tipos de casos en los que las medidas cautelares resultan improcedentes por importar una forma de privación de libertad desproporcionada en relación a la que se avizora en una eventual sentencia condenatoria (artículos 124, 141 y 152 inciso segundo CPP).¹¹

Explícita aplicación de este principio de proporcionalidad se observa en la sentencia de la Corte Suprema rol 87771-2016, de 9 de noviembre de 2016, en la que, acogiendo una acción de amparo, sustituye la prisión preventiva por las medidas cautelares de firma semanal ante la unidad policial y arraigo nacional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 letra c) y d) del CPP:

1. Que, tal como señala el recurrente y aparece del mérito de los antecedentes, el amparado Miguel Ángel Segundo fue sorprendido

11 La Ley 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, recoge expresamente el principio en examen al señalar en su artículo 33 que «en ningún caso podrá el juez dar lugar a una medida que parezca desproporcionada en relación con la sanción que resulte probable de aplicar en caso de condena», e implícitamente también en su artículo 32 que prescribe que «la internación provisoria en un centro cerrado sólo será procedente tratándose de la imputación de las conductas que de ser cometidas por una persona mayor de dieciocho años constituirían crímenes, debiendo aplicarse cuando los objetivos señalados en el inciso primero del artículo 155 del Código Procesal Penal no pudieren ser alcanzados mediante la aplicación de alguna de las demás medidas cautelares personales», siendo esta última norma el soporte de la sentencia Corte Suprema rol 7459-2018, de 24 de abril de 2018, que declara «que en este caso el Ministerio Público imputa al amparado la comisión de un delito de robo en lugar no habitado, ilícito que conforme prescribe el artículo 442 del Código Penal, se sanciona con las penas de presidio menor en su grado medio a máximo, lo que lo califica como simple delito. En consecuencia, está vedado al juzgador imponer la medida cautelar de internación provisoria, conforme con la condición de procedencia fijada por el artículo 32 referido».



portando 17 pastillas de anfetaminas, lo que eventualmente podría constituir el delito de tráfico ilícito de estupefacientes en pequeñas cantidades previsto y sancionado en el artículo 4 en relación al artículo 1 ambos de la Ley 20.000 o la falta del artículo 50 del mismo cuerpo legal.

2. Que no obstante lo anterior, mediante la resolución de veintinueve de septiembre pasado, la Corte de Puerto Montt le impuso a Miguel Ángel Segundo la medida cautelar más gravosa, esto es, la prisión preventiva, que según lo dispone el artículo 139 inciso segundo del Código Procesal Penal resulta procedente cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes, la que en una audiencia de revisión de medidas cautelares fue mantenida por el Juez de Garantía recurrido.
3. Que, considerando los argumentos esgrimidos en el fundamento primero que antecede y el hecho que no se han entregado antecedentes que permitan establecer la concurrencia de la necesidad de cautela, en los términos que lo exige la letra c) del artículo 140 del Código Procesal Penal, la mantención de la medida cautelar a la que se encuentra actualmente sujeto el imputado aparece como desproporcionada.
4. Que, de este modo, la decisión impugnada se aparta del mandato legal y constitucional, lo que acarrea la arbitrariedad en la determinación del Juez de Garantía de Chaitén de mantener la prisión preventiva del amparado Miguel Ángel Segundo.

Finalmente, este principio está en la base del deber del tribunal de revisar la prisión preventiva decretada cuando su duración hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad —que se pudiere esperar— en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes (artículo 152 inciso segundo del CPP).

Proporcionalidad y exclusión de prueba ilícita

En Alemania la jurisprudencia ha ido decidiendo caso a caso si una medida investigativa fue usada arbitrariamente contra alguien y al resolver aplica el principio de proporcionalidad para balancear el derecho constitucional de un individuo y el interés del Estado en combatir los



crímenes. Asimismo, para determinar si la violación de una norma que regula la recolección de evidencia gatilla una regla de exclusión, una de las tres teorías predominantes sobre la base a la que ello se dirime es *abwägungstheorie*. Por esta, cuando una norma procedimental ha sido violada por el órgano de persecución, el tribunal sopesa la seriedad de la violación contra el interés público, como también contra el interés legal de la parte agraviada (víctima). La prueba ilegalmente obtenida será excluida solo si el interés de la persecución no supera el del imputado, considerando circunstancias como la gravedad de la conducta defectuosa de los policías, la importancia del interés legal afectado, la seriedad del crimen cometido por el imputado y la relevancia de la evidencia para la resolución del caso (Gless, 2013: 117-120).¹²

De manera similar, en el derecho estadounidense el sistema de exclusión probatoria y sus distintas excepciones se ha desarrollado a partir de una ponderación de intereses (*balanced approach*). La exclusión mecánica de todo medio de prueba relacionado causalmente con una infracción cometida por personal policial en una diligencia investigativa, se considera desproporcionada y, debe por ello ser necesariamente confrontada con otros parámetros, como lo es paradigmáticamente el interés de la sociedad en la sanción de las conductas constitutivas de delito (Correa, 2019: 200 y 201).¹³

En España, los tribunales han acudido también a un test de ponderación para excluir prueba derivada, así como exigen un nexo de antijuridicidad entre la infracción constitucional y la obtención de la evidencia. Y para esto último se han considerado los siguientes elementos a ser sopesados: el significado de la infracción; la importancia y relevancia de la prueba obtenida; si hubo un curso hipotético de la investigación para descubrir la evidencia —descubrimiento inevitable—; si el derecho fundamental violado requiere especial protección debido a su vulnera-

12 Véase también Correa (2018: 152) que ratifica que tanto la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional Federal alemán, en concordancia con la doctrina mayoritaria, han sostenido, que la decisión a favor o en contra de la valoración de un determinado medio de prueba debe resolverse en cada caso concreto, a partir de una ponderación de intereses contrapuestos.

13 Como explica Cammack (2013: 4 y 5), la Corte Suprema estadounidense ha aplicado un *balancing test* que sopesa los beneficios de disuasión —*deterrence*— obtenidos con la exclusión, contra los costos medidos en términos de pérdida de evidencia.

bilidad; y si los agentes actúan de buena fe o en abierta desconsideración a la ley, con el objeto de evaluar el potencial efecto disuasivo de disponer la exclusión.¹⁴

En el ámbito local se ha sostenido que, a pesar de que el tenor del artículo 276 inciso tercero del CPP pareciera no admitir matices, el texto positivo es solo el punto de partida del análisis. Tratándose de preceptos que regulan el vigor de las garantías esenciales e intereses salvaguardados por la Constitución, los que no se anulan entre sí, se requiere asegurar la debida coexistencia de estos y su interrelación armoniosa. Para ello, la modulación o fijación de sus límites resulta un ejercicio ineludible. Agregan quienes defienden la necesidad de la ponderación que esta ha sido expresamente consagrada por el legislador, a raíz del recurso de nulidad, conforme se lee en el artículo 373 letra a) del CPP. Dicha norma mandata que no será cualquier infracción a las garantías básicas suficiente para anular un juicio o una sentencia. La nulidad solo procederá cuando ocurra una infracción de carácter sustancial. Lo anterior, por descarte, deja fuera del ámbito de la nulidad todo tipo de infracciones que puedan estimarse de una menor entidad o de una mínima relevancia (Núñez y Correa: 2017: 221).¹⁵

La Corte Suprema en algunos de sus fallos pareciera descartar aplicar la proporcionalidad y ponderación, como en sentencia de la Corte Suprema rol 11482-2013, de 31 de diciembre de 2013, al señalar que la teoría

14 Sentencia del Tribunal Supremo español 127/2004 de 19 de enero.

15 Desarrollan también el vigor del principio de proporcionalidad dentro del proceso penal, Núñez, Beltrán y Santander (2019: 158 y 159). Correa (2018: 155), en cambio, afirma que de acuerdo al derecho vigente no resulta posible admitir excepciones a la aplicación estricta de la regla de exclusión en caso que concurren sus presupuestos de aplicación, atendiendo a consideraciones externas a ella. Una relativización de la aplicación de la regla por vía jurisprudencial —paradigmáticamente a partir de la ponderación en el caso concreto de intereses contrapuestos— resulta inadmisibles en el derecho chileno por contravenir el tenor expreso del artículo 276 del CPP. En efecto, continúa el autor citado, en caso de tolerar excepciones a la aplicación de la regla, fundadas, por ejemplo, en la presencia concreta de un interés público superior al interés particular en el resguardo de garantías del imputado, se pondría en entredicho el vigor de la regla de exclusión y finalmente de la garantía constitucional por ella protegida. El mismo autor, en nota 43 de la misma obra, recuerda que en el derecho germano las insistentes críticas contra la ponderación de intereses, como criterio suficiente para determinar el contenido de la regla de exclusión, han llevado al progresivo descrédito de dicha teoría como criterio de determinación del contenido material de las prohibiciones de prueba.

de la proporcionalidad no resulta oportuna para aceptar una prueba en que se ha cometido una vulneración de derechos fundamentales. O en sentencia de la Corte Suprema rol 25386-2021, de 25 de junio de 2021, cuando declara que la tutela de los derechos de los individuos es un valor de mayor trascendencia para la vida social que el castigo del autor de un hecho delictuoso. Mientras que, en otras, como en sentencia de la Corte Suprema rol 6220-2018, de 6 de junio de 2018, expresa que la decisión —sobre si la infracción compromete los aspectos esenciales de la garantía— debe ser adoptada sobre la base del criterio de proporcionalidad.

Herramientas procesales para el resguardo del debido proceso en el procedimiento penal: Autorización judicial previa, cautela de garantías, nulidad procesal, exclusión de prueba ilícita, recurso de nulidad¹⁶

La reforma del procedimiento penal hecha en Chile implicó sin duda un avance significativo en la recepción y vigor de los distintos derechos y garantías reconocidos en tratados internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como una esperada concreción de un derecho de contornos tan difusos como lo es el debido proceso consagrado en nuestra Constitución (Rodríguez; 2020c: 104)

Empero, tal recepción resultaría estéril si no se previeran igualmente mecanismos idóneos para evitar las vulneraciones a esos derechos y garantías o para conseguir que las mismas sean subsanadas, en su defecto.

A continuación, examinaremos las principales herramientas previstas en el mismo procedimiento penal para el resguardo, sean de manera preventiva como correctiva, del debido proceso.

Autorización judicial previa

El artículo 9 del CPP tiene un rol fundamental en nuestro sistema penal. Primero, porque ante la falta de regulación especial en el CPP o en otro cuerpo legal de una determinada diligencia de investigación, para zanjar si se requiere o no autorización judicial para llevarla a cabo debe estarse a lo que ese artículo prescribe (esto es, dilucidar si la diligencia priva,

¹⁶ En esta sección se sigue esencialmente lo expuesto en Rodríguez (2023).



restringe o perturba un derecho constitucional). Y segundo, en aquellos casos en que sí hay una norma que regula especialmente una determinada diligencia, el artículo 9 del CPP permite su adecuada interpretación para discernir si se requiere o no autorización judicial para ejecutarla en todos los casos que aparentemente cubre. Es decir, para determinar el correcto alcance de las situaciones en que la norma particular demanda autorización judicial puede acudirse a la regla que prevé el artículo 9.

Cautela de garantías

El origen de la norma contenida en el artículo 10 del CPP apunta a proteger personas que, sin quedar comprendidas dentro del concepto de «enajenado mental», no pueden acogerse en plenitud a la garantía de un racional y justo procedimiento.

Pensemos en el imputado detenido que aun después de la ampliación de la detención, no se halla en condiciones de salud para intervenir en la audiencia de formalización y ejercer su derecho de defensa material. En ese supuesto el juzgado de garantía podría resolver la suspensión del procedimiento hasta una nueva audiencia en que se revise su estado y se constate que se halla en condiciones para ejercer sus derechos.

Actualmente esta herramienta tiene una aplicación amplia y difusa, por ejemplo, cuando el ministerio público no deja a disposición de la defensa los antecedentes que fundan la acusación, como dispone el artículo 260 del CPP, tipo de casos en que se suspende la audiencia, o incluso el procedimiento, hasta que ese deber se cumpla.

Nulidad procesal

Mediante este mecanismo, regulado en el artículo 159 del CPP y siguientes, las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas —que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad— pueden ser invalidadas, con lo que se erige en una vía procesal para enmendar determinadas infracciones al debido proceso.

El defecto de la actuación o diligencia judicial que da lugar a su nulidad procesal puede consistir en la infracción de normativa procesal que regula el procedimiento, afecte o no el núcleo de derechos fundamentales; pero si se demuestra que la infracción impidió el pleno ejercicio de



las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República, se presume de derecho el perjuicio según el artículo 160 del CPP.

Procederá la declaración de nulidad procesal de actuaciones o diligencias judiciales por infracción al debido proceso —usualmente se observa respecto de audiencias celebradas sin emplazar previamente a todos aquellos intervinientes que tienen derecho a ser oídos— u otras actuaciones análogas que omiten trámites o actos judiciales esenciales previos del proceso.

De menor frecuencia será la invalidación de órdenes judiciales que autorizan la detención o la realización de medidas intrusivas, como la entrada y registro a un lugar cerrado. Esto puede responder a que generalmente la solicitud de nulidad de la autorización judicial solo refleja una distinta ponderación del peticionario sobre la suficiencia de los antecedentes presentados por la fiscalía al tribunal, para conformar la causal legal que habilita para conceder dicha autorización. Por ejemplo, si se presenta o no la presunción del artículo 205 del CPP para autorizar la entrada y registro de un lugar cerrado.

Para dar lugar a la nulidad procesal se requiere, en cambio, estar en presencia de un grosero irrespeto de la normativa expresa que regula a las autorizaciones y órdenes. Se trata de situaciones, si bien no impensables, claramente marginales (Núñez y Correa, 2017: 212). De otro modo, la solicitud de nulidad escondería en verdad la reposición o reconsideración de la resolución atacada.

En el marco de las restricciones reseñadas, veamos algunos supuestos en que resulta procedente la nulidad procesal de la resolución judicial que autoriza una medida privativa o restrictiva de derechos:¹⁷

a) La orden judicial es, en términos generales, legalmente improcedente.

17 En torno a la temática de la prueba ilícita conseguida mediante órdenes judiciales, Hernández (2005: 46-48) agrupa en cuatro categorías los posibles fundamentos de la nulidad procesal relativa a una resolución con efecto probatorio. A saber, se trata de autorizaciones u órdenes: a) legalmente improcedentes; b) casos en que las mismas son procedentes, pero no se cumplió algún trámite establecido por la ley; c) casos en que son concedidas siendo legalmente procedentes, pero se ha logrado la decisión judicial mediante engaño o error y d) casos en que se otorga sin vicios legales formales ni de voluntad, pero materialmente, desde un punto de vista *ex ante*, se aprecia su concesión como arbitraria y carente de todo fundamento.

Si autorización judicial es, en términos generales, legalmente improcedente porque está prohibida o excluida normativamente para cierta clase de delitos, personas o situaciones —más allá de su necesidad y plausibilidad en el caso concreto en que se decreta— la misma debe ser anulada una vez constatada tal contravención.¹⁸

b) Órdenes judiciales que claramente carecen de todo fundamento.

Una autorización judicial en general procedente será susceptible de invalidación si en el caso particular, de manera manifiesta, no concurren los requisitos materiales que permiten otorgarla. Es decir, se trata de una resolución que —*ex ante* considerada y a la luz de los antecedentes disponibles— carece de todo fundamento y es, por ende, arbitraria y abusiva.

Mas, una vez constatada la procedencia de la orden y que esta es fundada de manera real y no aparente —con la valoración y aquilatamiento que a la sazón hizo el tribunal de los distintos antecedentes para concluir que se colman las exigencias del motivo legal específico en que se afina la orden, o que se cumplen las exigencias de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, o la sujeción al principio de proporcionalidad o necesidad— no puede ser revisada nuevamente por medio de un incidente de nulidad procesal, pues implicaría consagrar indirectamente una vía «atípica» de impugnación de la anterior decisión jurisdiccional sin plazo alguno, ante el mismo tribunal.¹⁹

18 Presentándose los demás requisitos generales de la nulidad procesal, corresponderá entonces, por ejemplo, invalidar la orden de incautar objetos y documentos que enuncia el artículo 220 del CPP («objetos y documentos no sometidos a incautación») fuera de los casos de excepción que la misma norma describe. O la autorización de interceptación telefónica o de otras formas de telecomunicaciones, u otros medios técnicos de investigación que regula el artículo 226 del CPP, apartándose de los supuestos señalados por la ley o sin cumplir los requisitos previstos en el artículo 222 para su procedencia —se autoriza la interceptación respecto de un simple delito, por ejemplo—.

19 Refiriéndose a la orden judicial de detención, Salas (2009: 383), defiende que esta no puede ser objeto de un cuestionamiento ante el mismo tribunal que la dispuso u otro de su misma categoría, debiendo impugnarse a través de la acción de amparo del artículo 95 del CPP o del artículo 21 de la Constitución. Gajardo y Hermosilla (2021: 108) secundan la improcedencia de la revisión de los fundamentos por el mismo tribunal que dictó la orden. En cambio, Hoyl (2021: 164) acepta el control de los «fundamentos» de la orden, pero precisa que su ausencia debe subsanarse mediante la nulidad procesal. Arias (2005: 236, n. 36) derechamente incluye dentro de los aspectos revisables a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la

De lo dicho se colige que el incidente de nulidad procesal no debe abrir la puerta a un reexamen de la determinación del tribunal sobre la existencia de antecedentes para «presumir» que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontraren en un determinado edificio o lugar cerrado; presunción a la que el artículo 205 del CPP condiciona la autorización judicial para la entrada y registro.

De la misma manera no debe servir la nulidad procesal para reestudiar la decisión judicial que estima como «razón suficiente» para ordenar la detención del imputado —por hechos a los que la ley asigne las penas de crimen o simple delito— la circunstancia de que este haya concurrido voluntariamente ante la fiscalía o la policía, y reconocido voluntariamente su participación en ellos. Supuesto reglado en el artículo 127, inciso tercero del CPP.

Tampoco una solicitud de nulidad procesal debe ser excusa para reevaluar si se trataba o no de un «caso urgente» de aquellos a que se refiere el inciso tercero del artículo 9 del CPP.

A mayor abundamiento, la motivación de la decisión no es exigible cuando la autorización judicial se emite de conformidad al artículo 9 del CPP, que ordena dejar posteriormente solo una «constancia», como se falló en sentencia de la Corte Suprema rol 19693-2016, de 19 de mayo de 2016. Ahí se declaró que la constancia de la autorización de entrada y registro no requiere reproducir las consideraciones y reflexiones de hecho y derecho que llevaron al juez a concederla.²⁰

medida. La Corte Suprema, conociendo por la vía de la acción de amparo del artículo 21 de la Constitución, ha revisado la proporcionalidad de la detención judicial, especialmente la ordenada en contexto de pandemia y con el consiguiente riesgo de contagio para el detenido. Véase sentencia Corte Suprema rol 138414-2020, de 19 de noviembre de 2020; sentencia Corte Suprema rol 17451-2021, de 12 de marzo de 2021 y sentencia Corte Suprema rol 19164-2021, de 19 de marzo de 2021.

²⁰ También sentencia Corte Suprema rol 139546-2022, de 5 de enero de 2023. Refiriéndose a la orden judicial de detención solicitada y otorgada de conformidad al artículo 9 del CPP, Hoyl (2021: 147-149) afirma que la constancia debe tener como antecedente una resolución que cumpla con los requisitos generales del artículo 36 del CPP, y la falta de esa fundamentación da lugar a su nulidad procesal. Asimismo, Falcone (2012: 466 y 467) sostiene que «los antecedentes bastantes» para considerar que existe el hecho imputado y que la persona a quien se pretende privar de libertad ha intervenido en él deben consignarse en la resolución y reproducirse en el mandamiento de detención o en la constancia emitida conforme al artículo 9, inciso tercero, del CPP. Según Gajardo y Hermsilla (2021: 108), algunos tribunales consideran que, por tratarse de casos urgentes, es posible verificar en la audiencia de control de

c) Órdenes judiciales emitidas sobre la base de información falsa.

En tercer lugar, tratándose de órdenes judiciales en general procedentes y que cuentan con fundamentación, pero que, sin embargo, esta motivación se construye sobre la base de información que después se prueba falsa o errónea, igualmente pueden ser objeto de revisión y anulación.²¹

Control de legalidad de la detención

La audiencia de control de detención es una instancia propicia para revisar el respeto de los procedimientos reglados para la restricción o privación de derechos del detenido, sea que ese examen recaiga en actuaciones que preceden u originan la detención,²² como en las que se ejecutan con ocasión de ella.

Por ejemplo, la realización de un control de identidad del artículo 85 del CPP sin algún indicio de los requeridos por dicho precepto, procedimiento durante el cual se revisa el bolso que porta el sujeto controlado y se descubre droga en su interior.²³ En dicho supuesto, la ilegalidad del procedimiento mediante el cual se descubre el objeto cuya posesión ile-

detención la veracidad de los presupuestos que se le dieron al tribunal y cuyo resultado se tradujo en una orden de detención.

21 Aquí un ejemplo posible: los policías indican a la fiscalía que un agente informante que actúa conforme al artículo 23 de la Ley 20.000 de 2005, les entrega antecedentes precisos sobre venta de drogas al interior de un determinado domicilio, elementos en que el persecutor se apoya al solicitar al tribunal la autorización para el ingreso a ese domicilio, la que es otorgada, y en su ejecución se incauta una importante cantidad de droga. Con posterioridad se descubre que el agente informante no entregó dicha información a los policías. En lo tocante a órdenes judiciales de detención, Cerda (2021: 58) indica como ejemplo de que es revisable su fundamento, el que haya sido otorgada con información errada o inexistente. Asimismo, Falcone (2012: 485 n. 231) estima adecuado que haya una posibilidad de verificar que los antecedentes proporcionados al juez sean existentes, íntegros y veraces. Y en Academia Judicial (2021: 46) se señala, entre las razones por las que es procedente el control de una orden judicial de detención, las relativas a la veracidad e integridad de los antecedentes fundantes planteados por la fiscal.

22 Supuesto que Falcone (2012: 460-479) llama «detención ilegal derivada». Sobre lo mismo, véase Cisterna (2004: 73 y 74), Arias (2005: 236), Falcone (2012: 78) y Academia Judicial (2021: 32).

23 Para un estudio sobre la jurisprudencia reciente del Máximo Tribunal en materia de control de identidad, véase Rodríguez (2019: 30-59) y Rodríguez (2020a: 452-482).



gal se imputa —armas, drogas, etcétera—, trae aparejada la ilicitud del posterior acto restrictivo de la libertad del imputado que se funda en dicho hallazgo, esto es, la detención.

Audiencia de preparación de juicio oral

Todas las actuaciones, administrativas o judiciales, efectuadas con infracción al debido proceso y de las cuales se haya obtenido prueba de cargo, pueden ser excluidas en la audiencia de preparación de juicio oral, de oficio o a petición de parte.

Sin embargo, el debate de exclusión de prueba ilícita en la audiencia de preparación de juicio oral ha perdido cada vez más su importancia por la postergación de la «verdadera» discusión para el juicio oral —pasando su planteamiento ante el tribunal de garantía a ser nada más que una condición necesaria para la interposición de un eventual y posterior recurso de nulidad—. Lo que se explica, entre otras razones, por la precariedad de los antecedentes que sirven de base para las alegaciones en ese estadio y, por ende, del material en el que el tribunal puede apoyarse para decidir la controversia.

En efecto, en la audiencia de preparación de juicio oral no se prevé la posibilidad de rendir prueba que acredite la alegada hipótesis de inobservancia de derechos fundamentales. El debate y decisión se edifica sobre lo que permita vislumbrar la lectura superficial de los elementos probatorios reunidos durante el período de investigación y que obran en la carpeta de investigación fiscal (Alvarado, 2020: 534). Al contrario, en el juicio oral generalmente depondrán los funcionarios policiales que intervinieron en las diligencias donde se recabó la evidencia objetada. Se permite de este modo su examen y contra examen frente al tribunal, y se establece con mayor calidad, precisión y certeza el desarrollo de dicha diligencia.

Juicio oral

Durante el desarrollo del juicio oral el tribunal debe por un lado adoptar las medidas necesarias para evitar que se cometan infracciones al debido proceso, o para subsanar las que efectivamente ya se hayan producido en el juicio, pero también le corresponde pronunciarse sobre aquellas vulneraciones ocurridas en etapas anteriores del proceso penal, pero



que se manifiestan en el juicio mediante la incorporación de la prueba derivada de ellas.

Al respecto, la Corte Suprema ha avalado sostenidamente la consideración de la audiencia de juicio oral como instancia válida para plantear y discutir infracciones al debido proceso y a otros derechos cometidas durante la etapa de investigación, de las cuales se derive prueba incluida en el auto de apertura e incorporada en el juicio y, en definitiva, para negar valor a esa prueba en la sentencia definitiva vía «valoración negativa», en su caso.²⁴

Los autores aportan y analizan distintas razones para afirmar²⁵ y rebatir²⁶ la llamada «valoración negativa» por el tribunal de juicio oral en lo penal.²⁷ No nos detendremos en ellas desde que hoy en día resulta ser un concepto aceptado, arraigado y ampliamente operativo en nuestra jurisprudencia y, en particular, en la de nuestra Corte Suprema.

Recurso de Nulidad

El recurso de nulidad²⁸ permite la invalidación del juicio y la sentencia dictadas en un procedimiento en el que se vulneró el derecho al debido proceso, siempre que la inobservancia de esta garantía fundamental pueda catalogarse como «sustancial».

La Corte Suprema ha calificado una infracción como «sustancial», primero, atendiendo a la importancia o entidad de la infracción, es de-

24 Cita diversos otros pronunciamientos anteriores en esta línea jurisprudencial, Alvarado (2020: 514 n. 6). Aisladamente en sentido contrario, sentencia Corte Suprema rol 17299-2021, de 16 de junio de 2021, donde el Máximo Tribunal declaró que no puede abrirse debate en el juicio sobre la prueba admitida por el juzgado de garantía en el auto de apertura, ya que dicha resolución, al encontrarse firme o ejecutoriada, ha adquirido autoridad de cosa juzgada.

25 Hernández (2005: 90); Romero (2007: 25); Awad, Contreras y Schürmann (2013: 416); Correa (2018: 163); Correa (2019: 194); Alvarado (2020: 537 y ss.) y Correa (2021: 579, 580 y 582).

26 Tavolari (2003: 151-160); Horvitz y López (2004: 197-204) y Cortés-Monroy (2018: 661-692).

27 Aunque, como aclara Alvarado (2020: 519), estas posiciones encontradas están de acuerdo sobre la posibilidad de renovar la discusión sobre la ilicitud de la prueba admitida y rendida en juicio oral en virtud de un examen sobre credibilidad-idoneidad del medio de prueba producido.

28 Sobre las características y finalidades de este arbitrio, véase Cerda (2010: 805-807).

cir, cuánto mermó o impidió el ejercicio del derecho o garantía; segundo, considerando su influencia en lo dispositivo del fallo (artículo 375 del CPP), es decir, si la decisión de condena habría cambiado de no haberse cometido la infracción; y, tercero, exigiendo copulativamente ambos extremos anteriores (Rodríguez, 2020b: 50).²⁹

²⁹ También sobre esta materia Rodríguez (2020c: 115 y 116).



Referencias

- Academia Judicial de Chile (2021). *Guía de apoyo. Conducción de la primera audiencia del proceso penal*. Santiago. Disponible en <https://bit.ly/3CQYgSI>.
- Aguirrezábal Grünstein, Maite (2013). *Tutela judicial efectiva y acceso a la justicia*. Instituto Chileno de Derecho Procesal. Disponible en <https://bit.ly/46nEKL4>.
- Aldunate Lizana, Eduardo (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- Alexy, Robert (2002). «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66: 13-64.
- . (2003). «Constitutional Rights, Balancing, and Rationality». *Ratio Juris*, 16: 131-140.
- . (2014). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alvarado, Agustina (2020). «Fundamentos normativo-dogmáticos para una “valoración negativa” de prueba ilícita en juicio oral. Consideraciones a propósito del denominado “Caso Armas de San Antonio”». En Laura Mayer y Tatiana Vargas (coordinadoras), *Mujeres en las Ciencias Penales* (pp. 505-555). Santiago: Legal Publishing.
- Alvarado Velloso, Adolfo (2014). «La imparcialidad judicial y el debido proceso (la función del juez en el proceso civil)». *Ratio Juris*, 9 (18): 207-235. Disponible en <https://bit.ly/43aqm6c>.
- Arias Vicencio, Cristián (2005). «El control jurisdiccional de la detención». *Revista de Estudios de la Justicia*, 6: 225-253.
- Awad, Alejandro, Marcos Contreras y Miguel Schürmann (2013). «Procesal Penal». *Revista de Derecho* (Universidad Adolfo Ibáñez), 3: 381-429.
- Benavente, Darío (1991). *Derecho Procesal: Juicio ordinario y recursos procesales*. 3.^a ed. Santiago: Jurídica de Chile.

- Bernales Rojas, Gerardo (2019). «El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos». *Ius et Praxis*, 25 (3): 277-306. DOI: [10.4067/S0718-00122019000300277](https://doi.org/10.4067/S0718-00122019000300277).
- Bordalí Salamanca, Andrés (2009). «El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 33: 263-302. DOI: [10.4067/S0718-68512009000200007](https://doi.org/10.4067/S0718-68512009000200007).
- . (2010). «El derecho fundamental de acción: Un intento de configuración en el orden constitucional chileno». En Raúl Tavolari Oliveros (editor), *Revista de Derecho y Jurisprudencia. Edición Bicentenario. Doctrinas esenciales. Vol. Derecho constitucional* (pp. 715-750). Santiago: Jurídica de Chile, Punto Lex, Thomson Reuters.
- . (2011). «Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial». *Revista Chilena de Derecho*, 38 (2): 311-337.
- Caivano, Roque J. (2011). *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cammack, Mark (2013). «The United States: The Rise and Fall of the Constitutional Exclusionary Rule». En Stephen Thaman (editor), *Exclusionary Rules in Comparative Law* (pp. 3-32). St. Louis: Springer.
- Cançado Trindade, Antônio (2012). *El derecho de acceso a la justicia en su amplia dimensión*. 2.^a ed. Santiago: Librotecnia.
- Carbonell, Flavia y Raúl Letelier (2021). «Debido proceso y garantías jurisdiccionales». En Pablo Contreras y Constanza Salgado (editores), *Curso de derechos fundamentales* (pp. 347-380). Santiago: Tirant Lo Blanch.
- Carocca Pérez, Alex (1998). «Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile». *Ius et Praxis*, 4 (2): 301-322.
- Casarino, Mario (1997). *Manual de Derecho Procesal. Tomo IV*. 5.^a ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- Cazor, Kamel (2009). «La acción de protección: ¿Técnica de solución de antinomias de derechos fundamentales?». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 16 (2): 251-258. DOI: [10.22199/S07189753.2009.0002.00010](https://doi.org/10.22199/S07189753.2009.0002.00010).
- Cea Egaña, José Luis (2012). *Derecho constitucional chileno. Vol. II*. Santiago: Ediciones UC.
- Cerda, Rodrigo (2010). *Manual del sistema de justicia penal. Título II*. 2.^a ed. Santiago: Librotecnia.

- Cisterna, Adolfo (2004). *La detención por flagrancia en el nuevo proceso penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago: Librotecnia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Número 12: *Debido proceso*. San José de Costa Rica. Disponible en <https://bit.ly/3XrN5Jq>.
- Cortés-Monroy, Jorge (2018). «La “valoración negativa” como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral». *Revista Ius et Praxis*, 24 (1): 661-692.
- Correa, Carlos (2018). «Más allá de la regla de exclusión: Prohibiciones probatorias en el Derecho chileno —con especial referencia al Derecho alemán—». *Revista Política Criminal*, 13 (25): 144-174. Disponible en <https://bit.ly/43T7J6Y>.
- . (2019). «Relación causal y exclusión de prueba». *Revista Política Criminal*, 14 (28): 186-214. Disponible en <https://bit.ly/3NGQ4td>.
- . (2021). «Las prohibiciones probatorias en la obra de Ernst Beling: Determinando su alcance e incidencia en el sistema procesal penal chileno». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 43: 571-586.
- Covarrubias, Ignacio (2018). «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: Más allá de Alexy». *Revista Ius et Praxis*, 3: 477-524.
- Cox Urrejola, Sebastián (2006). *Acceso a la Justicia en Chile: Realidades-tendencias y propuestas*. Reunión de expertos en Acceso a la Justicia. Conferencia de ministros de Justicia de los países Iberoamericanos y Ministerio de Justicia de Chile (28, 29 y 30 de noviembre 2007). Santiago. Disponible en <https://bit.ly/3XrOcJk>.
- Devis Echandía, Hernando (2015). *Teoría general de la prueba judicial. Volumen 1*. 6.ª ed. Bogotá: Temis.
- Díaz, L. Iván (2011). «La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 36: 167-206.
- Duce, Mauricio y Cristián Riego (2009). *Proceso penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Echeverría Ramírez, Germán (2010). «Imparcial del Tribunal Oral en lo Penal: Tras la conquista de la garantía». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 23 (1): 269-310. DOI: [10.4067/S0718-09502010000100012](https://doi.org/10.4067/S0718-09502010000100012).

- Espinoza, Alejandro (1980). *De los recursos procesales*. 5.^a ed. Santiago: Distribuidora Universitaria Chilena.
- Evans de la Cuadra, Enrique (2004). *Los derechos constitucionales. Volumen 2*. 3.^a ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- Falcone, Diego (2012). «Concepto y sistematización de la detención ilegal en el proceso penal chileno». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 38: 433-495.
- Gajardo, Tania y Francisco Hermosilla (2021). *Manual de Procesal Penal*. Santiago: DER.
- García, José y Francisco Leturia (2006). «Justicia civil: Diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma». *Revista Chilena de Derecho*, 33 (2): 345-384.
- García Pino, Gonzalo y Pablo Contreras Vásquez (2013). «El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno». *Estudios Constitucionales*, 11 (2): 229-282.
- García Ramírez, Sergio (2006). «El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 39 (117): 637-670. Disponible en <https://bit.ly/3qeTNXk>.
- Gless, Sabine (2013). «Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests». En Stephen C. Thaman (editor), *Exclusionary Rules in Comparative Law* (pp. 113-142). St. Louis: Springer.
- Gómez González, Rosa Fernanda (2022). Suficiencia y oportunidad de la motivación. *El Mercurio Legal*. Disponible en <https://bit.ly/3NPUwH7>.
- González de Cossío, Francisco (2018). *Arbitraje*. 5.^a ed. Ciudad de México: Porrúa.
- Guastini, Riccardo (2018). «Aplicar principios constitucionales». Traducción Por César Moreno. *Revista de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno*, 3: 11-22.
- Guzmán Brito, Alejandro (2001). «Los principios del proceso romano ilustrados con algunas instituciones». *Actualidad Jurídica*, 3: 123-134.
- Hernández, Héctor (2005). *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*. Santiago: Colecciones de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado.
- Horvitz, María y Julián López (2002). *Derecho procesal penal chileno. Tomo I*. Santiago: Jurídica de Chile.

- . (2004). *Derecho procesal penal chileno. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Hoyl, Gonzalo (2021). «La “prueba” de la defensa en audiencias de control de la detención». En Gonzalo Hoyl (editor), *La audiencia de control de detención y sus repercusiones a través del proceso penal* (pp. 129-167). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Jarrosson, Charles (1987). *La notion d'arbitrage*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Jequier Lehuedé, Eduardo (2007). «La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil. Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno». *Revista Chilena de Derecho*, 34 (3): 457-494.
- . (2011). «El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)». *Revista de Estudios Constitucionales*, 9 (2): 453-498. Disponible en <https://bit.ly/3CJ6IY>.
- Julià, Josep María (2019). «El arbitraje en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En Francisco Ruiz Risueño y José Carlos Fernández Rozas (coordinadores), *El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del 30 aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)* (pp. 79-95). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Kurkela, Matti S. y Santtu Turunen (2010). *Due process in international commercial arbitration*. 2.^a ed. Oxford: Oxford University Press.
- Loayza-Tamayo, Carolina (2012). «El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana». *LEX, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 10 (9): 83-126. DOI: [10.21503/lex.v10i9.319](https://doi.org/10.21503/lex.v10i9.319).
- López Masle, Julián (2006). «Debido proceso en Chile: Hacia un principio generador de reglas». En Andrés Bordalí (coordinador), *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (pp. 181-207). Santiago: Lexis Nexis.
- Lovatón Palacios, David (2009). «Experiencias de acceso a la justicia en América Latina». *Revista IIDH*, 50: 227-282. Disponible en <https://bit.ly/44XWfQO>.
- Machado Martins, Priscila (2017). «La cosa juzgada como derecho fundamental: Elementos para una crítica a la doctrina de la expansión de la fundamentalidad de los derechos». *Scientia Iuris*, 21 (1): 9-30.

- Marinoni, Luis Guilherme, Álvaro Pérez Ragone, y Raúl Núñez Ojeda (2010). *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación* (pp. 195-206). Santiago: Abeledo Perrot Legal.
- Matthei Da Bove, Carolina y Rivadeneira Domínguez, Francisco (2022). «La motivación como elemento del acto administrativo: Criterios establecidos por la Corte Suprema para efectos de su control». *Actualidad Jurídica*, 45: 263-291.
- Maturana, Cristián (2015). *Los recursos del Código de Procedimiento Civil en la doctrina y la jurisprudencia. Tomo I*. Santiago: Thomson Reuters.
- Medina Quiroga, Cecilia (2016). *The American Convention on Human Rights: Crucial Rights and their Theory and Practice*. 2.^a ed. Intersentia. DOI: [10.1017/9781780684826](https://doi.org/10.1017/9781780684826).
- Meléndez, Florentín (2008). «El debido proceso en el derecho internacional de los derechos humanos». En Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Volumen 9: Derechos humanos y tribunales internacionales* (pp. 209-223). México: Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en <https://bit.ly/3XEY2r7>.
- Miranda, Manuel (2010). «La prueba ilícita: La regla de exclusión probatoria y sus excepciones». *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 22: 131-151. Disponible en <https://bit.ly/45iMZXn>.
- Molina, Teresa (2010). «La diligencia de entrada y registro practicada en la instrucción». *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 43: 127-142.
- Mosquera, Mario y Cristián Maturana (2012). *Los recursos procesales*. 2.^a ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- Nash, Claudio (2016). «Sobre la convencionalidad y constitucionalidad de las modificaciones a la Ley de Control de Armas». *Informes en Derecho, Doctrina Procesal Penal 2015* (pp. 69-118). Centro de Documentación Defensoría Penal Pública
- Nogueira Alcalá, Humberto (2007). *El Debido Proceso en la Constitución y en el Sistema Interamericano*. Santiago: Librotecnia.
- . (2008). *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Santiago: Librotecnia.

- . (2018). *Derechos fundamentales y garantías constitucionales. Derechos de la personalidad y derechos de la seguridad jurídica. Volumen 2*. 4.^a ed. Santiago: Librotecnia.
- Núñez, Raúl y Álvaro Pérez (2013). *Manual de Derecho Procesal Civil. Parte General*. Santiago: Thomson Reuters.
- . (2014). *Manual de Derecho Procesal Civil. Proceso Ordinario de Mayor Cuantía*. Santiago: Thomson Reuters.
- Núñez, Raúl y Claudio Correa (2017). «La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas». *Ius et Praxis*, 1: 195-246.
- Núñez, Raúl, Ramón Beltrán y Nicolás Santander (2019). «Los hallazgos casuales en las diligencias de incautación e intervención de las comunicaciones digitales en Chile. Algunos problemas». *Revista Política Criminal*, 14 (28): 152-185.
- Osorio Vargas, Cristóbal (2017). *Manual de procedimiento administrativo sancionador. Parte general*. 2.^a ed. Santiago: Thomson Reuters.
- Palomo, Diego (2019). «El recurso de casación en el fondo». En Gonzalo Cortez (coordinador), *Proceso Civil. Los recursos y otros medios de impugnación* (pp. 273-361). 2.^a ed. Santiago: Thomson Reuters.
- Paulsson, Jan (2013). *The Idea of Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Pinochet, Francisco (2019). *Derecho Procesal Civil. Temas fundamentales*. Santiago: El Jurista.
- Ponce Salucci, Sandra (2013). «Aplicación de los elementos del debido proceso al procedimiento administrativo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En Gabriel Bocksang Hola y José Luis Lara Arroyo (coordinadores), *Procedimiento administrativo y contratación pública. Estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes 19.880 y 19.886* (pp. 208-231). Santiago: Legal Publishing.
- Prieto, Luis (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Quispe Remón, Florabel (2010). *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Rainer Arnold, José Ignacio Martínez y Francisco Zúñiga (2012). «El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile* (Universidad de Talca), 1: 65-116.

- Real Academia Española. (2022). *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Disponible en <https://dpej.rae.es/>.
- Rey, Fernando (2010). «¿Cómo nacen los derechos? (Posibilidades y Límites de la Creación Judicial de Derechos)». En Víctor Bazán (coordinador), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo. Tomo II*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Richardson Oakes, Anne y Davies Hayden (2016). «Justice must be seen to be done: contextual reappraisal». *Adelaide Law Review*, 37 (2): 461-494.
- Rodríguez Grez, Pablo (2001). «El “debido proceso” a la luz de la ley chilena». *Actualidad Jurídica*, 3: 7-19.
- Rodríguez Papic, Ignacio (2010). *Procedimiento civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*. 7.^a ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- Rodríguez Rescia, Víctor Manuel (1998). «El debido proceso legal y la Convención americana sobre derechos humanos». En *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio* (pp. 1295-1328). San José de Costa Rica.
- Rodríguez Vega, Manuel (2018). «Jurisprudencia relevante de la Corte Suprema en materia tributaria del año 2016». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 50 (1): 221-245.
- . (2019). «Control de identidad: Criterios generales para la resolución de casos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile». *Ars Boni et Aequi*, 2: 30-59.
- . (2020a). «Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Chile sobre Control de Identidad». *Revista Política Criminal*, 15 (29): 452-482. Disponible en <https://bit.ly/44qnRom>.
- . (2020b). *Diligencias investigativas por infracciones a la Ley 20.000 y debido proceso*. Santiago: Rubicón.
- . (2020c). «Infracciones a garantías fundamentales y derecho al recurso en la jurisprudencia de la Corte Suprema». *Revista Jurídica Digital* (Universidad de los Andes), 4 (2): 103-121. Disponible en <https://bit.ly/3NZ9c6T>.
- . (2021). «Jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado. Una doctrina de puertas abiertas». *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), 249: 259-287.
- Romero, Rubén (2007). *Control de identidad y detención*. 2.^a ed. Santiago: Librotecnia.

- Romero Seguel, Alejandro (2001). «La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral». *Revista Chilena de Derecho*, 28 (3): 509-535.
- . (2014). *Curso de Derecho Procesal Civil. Tomo I*. Santiago: Thompson Reuters.
- Romero Seguel, Alejandro, Maite Aguirrezabal Grünstein y Jorge Baraona González (2008). «Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil». *Revista Ius et Praxis*, 1: 225-259.
- Salmón, Elizabeth y Cristina Blanco (2021). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 4.^a ed. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Silva Bascuñán, Alejandro (2006). *Tratado de derecho constitucional. Volumen 11: De los derechos y deberes constitucionales*. 2.^a ed. Santiago: Jurídica de Chile.
- . (2014). «La justicia arbitral ante la Constitución». En Eduardo Picand Albónico (editor), *Estudios de arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar* (p. 1222). 2.^a ed. Santiago: La Ley Thomson Reuters.
- Siqueiros, José Luis (2002). «La persona humana en el arbitraje internacional de naturaleza privada». En (Organización de Estados Americanos, OEA, XXVIII Curso de Derecho Internacional, 2001), *La Persona Humana en el Derecho Internacional* (pp. 403-424).
- Soberanes Fernández, José Luis (2009). *Sobre el origen de las declaraciones de derechos humanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Disponible en <https://bit.ly/3rYysSu>.
- Tavolari, Raúl (2003). «Informe en derecho: Del debate sobre la licitud de la prueba y su exclusión por parte del tribunal de juicio oral y procedencia legal de consignar en la sentencia de juicio oral las decisiones relevantes adoptadas en la audiencia». *Boletín del Ministerio Público*, 14: 151-160.
- Weiller, Laura. (2022). «Le respect du contradictoire à l'épreuve du principe de non-révision de la sentence arbitrale au fond». *Revue de l'arbitrage*, 2: 721-743.



Debido proceso
de Manuel Rodríguez Vega y Rodrigo Bordachar Urrutia



Academia Judicial de Chile
Colección Materiales Docentes



Como parte del equipo de Tipografía,
trabajaron en este libro: Alejandra González, Verónica Carrasco,
Ana María González y Marco Antonio Coloma

